

和仏法律学校講義録

著者	荒井 賢太郎, 掛下 重次郎, 遠藤 忠次, 岩田 一郎 , 松岡 義正
出版者	和佛法律學校
巻	1-16
ページ	1-53
発行年	1900-09-20
URL	http://hdl.handle.net/10114/4762

和佛法律學校

講義錄

第一部

第六號

民法 物權 自第一章(自二九七)至六章(至二六六) 法學士荒井賢太郎

表紙及目次四頁

民法 親族 (自二二七)至(二二二) 法學士掛下重次郎

民事訴訟法 第二編 (自八六七)至(八六六) 法學士遠藤忠次

民事訴訟法 自三編(自五七四)至(五七五) 法學士岩田一郎

民事訴訟法 自八編(自二二三)至(二二三) 法學士松岡義正

東京帝國大學 法學博士 梅謙次郎先生序文
法科大學教授 法學士 入江良之先生譯述
(九月十五日發行)

アッセル リウエー 國際私法要論

全一冊
正價金七拾五錢
特價(校友生徒ニ限
リ)金六拾五錢
郵税金八錢
郵券代用一割増

近時涉外事件日ヲ遂テ多ク國際私法ノ研究ハ實ニ刻下ノ最急務ナリ然ルニ我邦之ニ關スル良著
ニ乏シク學者頗ル不便ヲ感セリ本書ノ原著ハ嘗テ久シク萬國國際法協會長タリシ故曰耳義アリユ
クセル大學教授リウエー氏カ有名ナル和蘭ノ碩學アフセル氏ノ著述ニ増註シタルモノニシテ原
著ノ眞價ハ此ニ喋々スルヲ要セス歐洲ノ學者間既ニ定評アリ而シテ我カ入江氏ハ斯法專攻ノ士ナ
リ之ヲ譯スルニ精練ノ文ト的確ノ語ヲ以ラス惟フニ斯法研究者ノ急需ニ應スルコトヲ得ン

發行所

東京麹町區富士見町
六丁目十六番地

發賣所

東京市神田區裏神保
町七番地

和佛法律學校
明法堂

永小作人ノ義務ハ本章ノ規定及ヒ設定行為ヲ以テ定メタルモノノ外貸借ニ
關スル規定ヲ準用スルモノトセリ即チ貸借ニ關スル第六百十四條第六百十
五條第三百十二條乃至第三百十六條ノ規定ハ等シク之ヲ永小作人ニ準用シ得
ルモノナリ

第二百七十四條乃至第二百七十六條ハ永小作權ニ特別ナル規定ナリ第二百七
十四條ニ依レハ永小作人ハ不可抗力ニ因リ收益ニ付キ損失ヲ受ケタルトキト
雖モ小作料ノ免除又ハ減額ヲ請求スルコトヲ得スト永小作人ハ土地ノ現狀ニ
從ヒ之ヲ使用スル權利ヲ有スルモ地主ニ對シ之ヲ使用セムルコトヲ請求ス
ル債權ヲ有セス故ニ不可抗力ノ爲メニ縱令收益ニ損失ヲ被ルコトアリトスル
モ地主ハ之ヲ補償スルノ義務ナシ是レ貸借契約ニ基ク賃借權ノ場合ト異ナ
リ小作料ノ減免ヲ請求スル權ナキ所以ナリ(第六〇九條此ノ如ク永小作權ノ性
質ヨリ言フトキハ不可抗力ニ因ル收益ノ損失ハ永小作人ノ負擔ニ歸シ之ヲ爲
メ地主ニ對シ小作料ノ減免ヲ請求スル權ナシト雖モ絕對的ニ此法理ヲ貫タト
キハ永小作人ハ何等ノ收益ナキニ拘ラス尙ホ數十年間小作料ノ負擔ニ任セザ

090
1900
1-1-16

ルヘカラスシテ永小作人ヲ遇スルノ點ニ失スルカ故ニ法律ハ之ヲ保護スルノ目的ヲ以テ引續キ三年以上全ク收益ナキカ又ハ五年以上小作料ヨリ少キ收益ヲ得タルトキハ永小作人ニ其權利ヲ拋棄シテ以テ其義務ヲ免ルルコトヲ得セシメタリ(第二七五條)蓋シ權利ハ權利者隨意ニ之ヲ拋棄スルヲ得ルモノナリト雖モ永小作權ハ小作料ノ支拂ヲ伴フ權利ナルヲ以テ其權利ノ拋棄ハ延テ地主ノ權利ヲ毀損スルヲ以テ法律ハ第二七十五條ノ如キ特別ノ場合ニ權利ノ拋棄ヲ認メ他ハ之ヲ許サス而シテ本條ニ依リ其權利ヲ拋棄シタルトキハ小作料支拂ノ義務モ亦消滅スルコトハ前ニ説明シタルカ如ク小作料支拂ノ義務ハ單純ナル債務ニ非スシテ永小作權ニ附隨スル一ノ負擔ヨリ來ル當然ノ結果ナリ第二十七六條ハ地主カ永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ル場合ニ付キ規定セリ即チ永小作人カ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リ又ハ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ地主ハ永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得ルモノトス抑モ永小作權ノ行使ハ必ス小作料支拂ノ義務ヲ伴フモノナリ故ニ嚴正ニ論スルトキハ永小作人カ小作料ノ支拂ヲ怠リタルトキハ債務不履行ノ場合ニ於テ契約ノ解

除ヲ爲スヲ得ルト同シク直チニ地主ニ永小作權消滅ヲ請求スル權利ヲ認メテ可ナルカ如シ然レトモ永小作人ハ不可抗力ニ因リ收益ニ損失ヲ受ケタルトキト雖モ尙ホ小作料ノ減免ヲ請求スルヲ得タルモノナルニ由リ唯一同ノ小作料息納ヲ以テ直チニ永小作權ヲ消滅セシムルハ酷ニ失スルヲ以テ法律ハ引續キ二年以上小作料ノ支拂ヲ怠リタル場合ニ始メテ永小作權消滅ノ請求ヲ爲スコトヲ許シタリ又地主ハ永小作人ヲ信用シテ其土地ヲ永小作ニ附シタルニ永小作人カ破産ノ宣告ヲ受ケタルカ如キ自ラ其信用ヲ毀損シタルトキハ最早小作料ノ支拂ニ堪ヘサルモノナルニ付キ同シク地主ニ永小作權ノ消滅ヲ請求スルコトヲ得セシメタリ

第二百七十一條乃至第二百七十六條ニ至ル規定ハ之ニ異ナリタル慣習アルトキハ其慣習ニ從フヘキコトヲ第二百七十七條ニ規定セリ是レ最も當ヲ得タル規定ナリ何トナレハ地主ト小作人トノ關係ハ各地方ニ於テ其慣習ヲ異ニスルモノ少カラサルヘキニ由リ此等ノ場合ニ於テ一慣習ヲ打破シテ民法ノ規定ニ依ラシムルハ却テ弊害ノ大ナルモノアレハナリ

第二百七十八條ハ永小作權ノ存續期間ニ付キ規定セリ即チ其期間ハ二十年以上五十年以下トセリ永小作權ノ存續期間ニ一定ノ制限ヲ置キタル理由ハ先ニ地上權ニ付テ述ヘタルト同シタ公益上ノ理由ニ基クモノナリ但シ永小作權ノ存續期間ハ一定ノ制限ヲ置キシニ拘ラス地上權ニ付テハ單ニ無期限ノ地上權ヲ避クルノ方針ヲ取リタルニ止マリ別ニ期間ノ制限ヲ置カザリシハ是レ亦前ニ説明シタル如キ理由ニ據リタルナラン永小作權ノ最短期ヲ二十年トセシハ最初政府ノ原案ニハ十年トアリシヲ衆議院ニ於テ修正シタルモノナリ蓋シ此以下ハ貸借契約ヲ以テ貸借權ヲ創設スルノ途アルニ由リ必スモ永小作權ヲ認ムル要ナシトノ理由ニ基クモノナラン其最長期ヲ五十年ト爲シタルハ唯立法者力之ヲ以テ相當ト認メタル斷定ニ過キス

永小作權ノ存續期間ハ公益上ノ理由ニ基クモノニシテ此制限ヲ超過シテ永小作權ヲ設定スルコトヲ許サス故ニ若シ五十年ヲ超過スル永小作權ヲ設定シタルトキハ其期間ハ五十年ニ短縮スルモノトス第二七八條第一項期間ノ制限超過ノ契約ヲ全然無效ト爲サスシテ無效ノ範圍ヲ期間ノミニ止メタルハ既ニ共

有物ノ分割ヲ説クニ當リ述ヘタル如ク永小作權設定ノ目的ハ常ニ同一ナルモ唯其期間長キニ過クルトキハ公益ヲ害スルノ恐アルヲ以テ公益ヲ害セサル範圍内ニ期間ヲ短縮スル以上ハ永小作權ノ設定ヲ認ムルモ敢テ害ナキヲ以テナ

永小作權ノ設定ハ之ヲ更新スルコトヲ得ルモ其期間ハ更新ノ時ヨリ起算シテ五十年ヲ超ユルヲ許サス(第二七八條第二項)是レ存續期間ニ制限ヲ置キタル以上ハ更新ノ場合ニ於テモ亦此制限ヲ守ルハキハ當然ノコトナリ

設定行爲ヲ以テ永小作權ノ存續期間ヲ定メザリシトキハ其期間ハ別段ノ慣習アル場合ヲ除ク外之ヲ三十年トス(第二七八條第三項)之ヲ三十年ト爲シタル所以ハ別ニ深キ理由アルニ非ス始メ政府案ニハ設定行爲ヲ以テ存續期間ヲ定ムルニ當リテハ十年以上五十年以下ト爲シタルヲ以テ其中數ヲ取リ三十年トセシナリ設定行爲ヲ以テ存續期間ヲ定メサル場合ニ慣習アルトキハ之ニ從ヒテ其期間ヲ定ムヘキモノナリト雖モ若シ其慣習ニシテ五十年以上ノ期間ヲ認ムルモノナルトキハ其慣習ニ依ルヘカラサルモノナルヲ以テ之ヲ三十年ト爲ス

ノ外ナシ何トナレハ五十年ヲ超過スル永小作權ハ公益ニ害アルモノトシテ之ヲ禁シタルニ由リ公益ニ反スル慣習ハ之ヲ認ムヘキモノニ非サレハナリ此點ハ民法施行法第四十七條第二項ノ規定ヲ參照セハ明カナリ同條ニ依レハ「民法施行前ニ期間ヲ定メスシテ設定シタル永小作權ノ存續期間ハ慣習ニ依リ五十年ヨリ短キ場合ヲ除ク外民法施行ノ日ヨリ五十年トス」トアリ施行前ニ設定シタル永小作權ニ付テモ五十年ヨリ長キ慣習ハ之ヲ認メサルヲ以テ觀ルトキハ施行後ニ設定シタルモノモ亦之ヲ認ムヘカラサルハ勿論ナリ尙ホ民法施行前ニ設定シタル永小作ニ付テハ民法施行法ノ規定ヲ參照スルヲ要ス永小作權消滅ノ場合ニ永小作人ノ有スル權利義務ハ地上權消滅ノ場合ニ地上權者ノ有スルモノト異ナルコトナシ故ニ法律ハ第二百七十九條ニ於テ地上權ニ關スル規定ヲ準用スルモノトセリ

第六章 地役權

第一 地役權ノ性質

地上權永小作權及ヒ地役權ハ共ニ他人ノ土地ヲ使用スル權利ナリト雖モ地上權永小作權ハ人ノ利益ノ爲メニ他人ノ土地ヲ使用シ地役權ハ土地ノ利益ノ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スルモノニシテ地役權ノ他ノ兩者ト異ナル點ハ此ニ在リ蓋シ羅馬法以來地役權ヲ人的役權地的役權ノ二種ニ分チ人的役權ハ人ノ利益ノ爲メニ他人ノ物ヲ使用シ地的役權ハ土地ノ利益ノ爲メニ他人ノ土地ヲ使用スル權利ト爲シタリ所謂諸國ノ法律ニ於テ用益權使用權住居權ト稱スルモノハ人的役權ニ屬シ地役ハ地的役權ニ屬セリ人的役權ハ或特別ノ人ノ爲メニ設クルモノナルカ故ニ之ニ伴フ弊害モ亦多キヲ以テ今日ノ立法例ハ成ルヘク其範圍ヲ制限スルノ方針ヲ取り現ニ我民法ノ如キモ用益權使用權住居權ノ如キハ之ヲ特別ノ物權トシテ認メス唯人的役權ノ一種トモ稱スヘキ地上權永小作權ヲ或目的ヲ限リ之ヲ認メタリ是レ實際用益權使用權住居權ノ如キモノヲ創設スルノ必要アリトスルモ當事者間ノ契約ニ一任シテ可ナルモノニシテ敢テ之ヲ物權トシテ保護スルヲ要ナケレハナリ地上權永小作權ハ其目的ヲ工作物ノ築造竹木ノ栽植耕作牧畜ノ爲メニ限リタルモ地役權ハ敢テ其目的ヲ制限

スルコトナク廣ク土地ノ便益ノ爲メニ設定スルコトヲ許セシト雖モ亦特別ノ人ノ利益ノ爲メニ地役ヲ設定スルハ許ササル所ナリ。其目録ニ依リテ地役權ノ定義ハ第二百八十條ノ規定ニ在リ同條ニ依レハ「地役權者ハ設定行爲ヲ以テ定メタル目的ニ從ヒ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ヲ有ストアリ即チ地役權ハ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル物權ナリ故ニ（第二）地役權ハ必ス所有者ヲ異ニスル二箇ノ土地ノ間ニ存スル權利ニシテ一方ノ土地ハ便益ヲ受ケ一方ノ土地ハ負擔ヲ被ルモノナリ其便益ヲ受クル土地ヲ要役地ト稱シ其負擔ヲ被ル土地ヲ承役地ト稱ス地役權ノ存スルハ此ノ如ク必ス所有者ヲ異ニスル二箇ノ土地ヲ必要トスト雖モ其土地ハ必スシモ境ヲ接スルヲ要セス例ヘハ汲水地役權ノ如キ往往相隔絶シタル土地ノ上ニ存スルコトアリ（第二）地役權ハ土地ノ便益ノ爲メニ設定スル權利ナリ土地ノ便益ト爲ル以上ハ其如何ナルコトタル間ハ土地役權ヲ設定スルコトヲ得唯公ノ秩序ニ關スル規定ニ反シタル地役權ハ之ヲ設定スルヲ許ササルノミ（第二八〇條但書例ヘハ土地ノ所有者ハ直チニ雨水ヲ隣地ニ注瀉セシムヘキ工作物ヲ

設クルコト低地ノ所有者ハ高地ノ所有者ノ家用又ハ農工業用ノ餘水ノ排泄ヲ拒ムコトノ如キハ何レモ公ノ秩序ニ反スルモノナルヲ以テ此等ノ目的ニ出ヅル地役ハ之ヲ設定スルコトヲ許サス此例外ヲ除キテハ地役ハ廣ク之ヲ設定スルヲ得ルト雖モ土地ノ便益ト爲ルヘキ場合ニ限ルハ勿論ナリ故ニ若シ其土地ノ便益ノ爲メニ非シテ單ニ其所有者ノ便益ノ爲メナルトキハ固ヨリ之ヲ設定スルヲ許サス例ヘハ土地所有者ハ自己ノ遊獵ノ爲メ他人ノ土地ヲ使用スルカ如キハ何等自己ノ土地ノ便益ノ爲メニ使用スルモノニ非ザルヲ以テ之ヲ地役權ト謂フヲ得ス（第三）地役權ハ他人ノ土地ヲ自己ノ土地ノ便益ニ供スル權利ナルヲ以テ地役權設定ノ結果ハ一方ノ土地ノ負擔ト爲ルモノナリ（第四）地役權ハ物權ナリ故ニ普通他ノ物權ニ於ケルト同一ノ效力ヲ有ス（第五）地役權ハ從タル物權ノ性質ヲ有スルモノナリ何トナレハ地役權ハ土地ノ便益ノ爲メニ設クルモノニシテ土地所有權ヲ離レテ存スルモノニ非ザレハナリ地役ノ從タル權利ナルヨリ下ノ結果ヲ生ス（第一）ニ原則トシテ地役權ハ其要役地ト其ニ之ヲ讓渡シ又ハ要役地ノ上ニ存スル他ノ權利ノ目的タルモノトス是レ

〔從主ニ隨フ〕ノ原則ヨリ來ル當然ノ原則ナリ尤モ設定行為ヲ以テ別段ノ規定ヲ設ケタルトキハ之ニ從フハ敢テ妨ケナキニ由リ之ヲ許セリ(第二八一條)第二(二)ニ地役權ハ要役地ヨリ分離シテ之ヲ讓渡シ又ハ他ノ權利ノ目的ト爲スコトヲ得ス(第二八一條)是レ地役權ハ土地所有權ノ從タル性質トシテ其土地ヲ離レテ存在スヘキモノニ非サレハナリ(第三)ニ地役權ハ要役地ノ消滅ニ因リテ消滅ス尤モ土地ノ消滅ハ容易ニ起ルヘカラサルモノナルニ由リ此場合ハ實際ニ生スルコト殆ト稀ナリ

地役權ハ不可分ノ性質ヲ有スルモノナリ地役權ハ其權利ノ性質上分割スヘカラサル所ノモノナリ例ヘハ通行權觀望權ノ如キ半ハ通行シ半ハ觀望スト云フカ如キ分割シテ權利ヲ行使スルヲ得サルモノナリ然レトモ權利ノ分割行使ニ非スシテ權利ノ範圍ヲ制限スルコトアリ例ヘハ或一定ノ場所ニ限り通行權ヲ認ムルカ如キ又ハ或時期ノ間觀望權ヲ認ムルカ如キ是ナリ第二百八十二條ハ此地役權不可分ノ性質ニ關シテ規定セリ其第一項ニ曰ク「土地ノ共有者ノ一人ハ其持分ニ付キ其土地ノ爲メニ又ハ其土地ノ上ニ存スル地役權ヲ消滅セシム

ルコトヲ得ス」ト共有者ハ其持分ニ應シテ共有物全部ノ使用權ヲ有スルモノナルヲ以テ要役地若クハ承役地ノ共有者ノ一人カ自己ノ持分ニ付キ地役權若クハ其負擔ヲ消滅セシムルコトヲ得ルモノトスルトキハ勢ヒ地役權ノ分割行使ヲ認メサルヘカラス故ニ地役不可分ノ性質ヨリ之ヲ禁シタルモノナリ同條第二項ハ共有物ノ分割ノ場合ニ關シテ規定セリ曰ク「土地ノ分割又ハ其一部ノ讓渡ノ場合ニ於テハ地役權ハ其各部ノ爲メニ又ハ其各部ノ上ニ存スト要役地若クハ承役地ノ分割又ハ一部ノ讓渡アリタルトキハ地役不可分ノ性質ヨリシテ地役權ハ其各部ノ上ニ行ハルルモノナリ然レトモ地役權カ分割又ハ一部讓渡ノ場合ニ於テ其各部分ニ關係ヲ有スル性質ヲ有スルモノナルトキニ生スルモノニシテ若シ地役權ノ性質上土地ノ一部ノミニ關スルトキハ土地ノ分割ハ地役權ニ何等ノ影響ヲ及ボサス隨テ分割後ノ各部分ノ上ニ行ハルル理由ナシ例ヘハ或土地ノ一隅ニ存在スル家屋ノ爲メニ隣地ノ上ニ觀望權ヲ有スルニ當リ其要役地ヲ分割シタルトキハ爾後其觀望權ハ家屋ノ附著シタル土地ノミニ存シ其他ノ分割部分ハ觀望ノ權ヲ有セサルカ如シ是レ初ヨリ地役ノ性質一隅ノ

ミニ限ラレタルカ爲メナリ又或土地ノ内ニ存在スル井水ニ對シ隣地ノ所有者カ汲水權ヲ有スルニ當リ其承役地ヲ分割シタルトキハ爾後地役權ノ行使ヲ受タル所ノ者ハ其井水ノ附著シタル土地ノ部分ノミニ限リ其他ノ分割部分ハ其負擔ヲ受タルコトナシ其理由ハ要役地ノ例ニ於ケルト異ナルコトナシ

第二 地役權ノ取得

地役權ハ契約又ハ遺言ニ因リ設定スルコトヲ得ルノ外或種類ノ地役權ニ限リ時効ヲ以テ取得スルコトヲ得今其時効ニ因ル地役權ノ取得ヲ説クニ先テ地役權ノ種類ニ付テ一言セン從來學說ニ於テ地役權ヲ區別シテ三種トス繼續地役、不繼續地役表現地役不表現地役及ヒ有的地役無的地役是ナリ(舊民法財産編第二七一條乃至第二七四條參照)

繼續地役トハ人ノ所爲ヲ要セスシテ間斷ナク行ハルル地役ヲ謂ヒ不繼續地役トハ之ニ反スルヲ謂フ是レ從來學說ニ於テ認ムル所ノ解釋ニシテ我民法ニ於ケル區別モ此意味ニ外ナラスト信ス蓋シ如何ナル地役ト雖モ初ヨリ毫モ人爲ヲ要セスシテ行ハルルモノニ非ス例ヘハ引水地役權ハ人ノ普通ニ稱シテ繼續

地役ト爲スモノナリ然レトモ其始メテ水流ヲ導クニ當リテハ樋管ヲ設クル等其他引水ニ適當ナル設備ヲ要スルモノナリ此點ヨリ言フトキハ此地役モ亦人爲ヲ要スルニ由リ繼續地役ト謂フヲ得サルカ如シト雖モ所謂人ノ所爲ヲ要セスシテ間斷ナク行ハルルトハ此ノ如キ場合ヲ謂フニ非ス一旦地役權行使ニ必要ナル設備ヲ終リタル以上ハ地役權ハ其當然ノ結果トシテ間斷ナク自然ニ行ハレ復タ人爲ヲ要セサル場合ヲ謂フモノナリ故ニ引水地役權モ一旦設備ヲ終リタル以上ハ水ハ自然ニ流通シテ復タ人爲ヲ要セサルニ由リ之ヲ繼續地役ト稱スルコトヲ得不繼續地役ハ之ニ反シ其權利ヲ行使スル時人爲ヲ要スルモノヲ謂フ通行權汲水權ノ如キハ通行ノ所爲アリ汲水ノ所爲アリ茲ニ權利ノ行使アリタルモノナルヲ以テ之ヲ不繼續地役ト稱ス繼續地役ト雖モ事實上間斷ナク行ハレサルコトナキニ非ス例ヘハ引水權ノ場合ニ於テ若シ不時ノ障害物ノ爲メニ水道ヲ塞キタルトキハ之ヲ除却スルニ非サレハ水ハ流出スルコトヲ得サルヘシ此ノ如キ場合ニ於テ水ヲ流通セシムルニハ障害物ノ除却ヲ要スルヲ以テ一見不繼續地役ト區別スル所ナキカ如シト雖モ此場合ニ於テ人爲ヲ要スル所

以ハ障害物ヲ除却スルニ在リテ直接ニ權利行使ノ爲メニ非ス彼ノ通行權、汲水權ノ如キ通行汲水其レ自身カ人爲ニ出ツルモノト異ナリ引水權ハ依然性質上間斷ナク行ハレ居ルモノナリ之ヲ要スルニ繼續地役ト不繼續地役ノ區別ハ性質上間斷ナク行ハレ居ルヤ否ヤニ在リト謂フモ可ナリト雖モ實際ニ於テ此二者ヲ區別スルハ頗ル困難ナル場合ナキニ非サルハク事實裁判官ノ判定ニ一任スヘキモノナリ繼續地役ト不繼續地役ノ區別ノ必要ナル所以ハ取得時効ト消滅時効トノ適用ノ異ナルニ在リ(第二八三條第二九一條)

表現地役トハ外形ニ顯ハレタル地役ヲ謂ヒ不表現地役トハ外形ニ顯ハレザル地役ヲ謂フ例ヘハ地上ニ樋管ヲ設ケテ水ヲ引クカ如キ又ハ石ヲ敷キテ道路ヲ作ルカ如キハ表現地役ニシテ地中ニ暗渠ヲ敷設シテ水ヲ引クカ如キ又ハ何等道路ニ特別ナル構造ヲ施サスシテ通行スルカ如キハ不表現地役ナリ此二者ノ區別ハ取得時効ノ適用ノ異ナルニ在リ

有的地役トハ要役地ノ所有者カ其土地ノ便益ノ爲メニ或行爲ヲ爲ス所ノ地役ヲ謂ヒ無的地役トハ承役地ノ所有者カ要役地ノ便益ノ爲メニ或行爲ヲ爲サザ

ル所ノ地役ヲ謂フ例ヘハ通行地役權、汲水地役權ノ如キハ有的地役ニ屬シ要役地ノ便益ノ爲メニ承役地ニ於テ何間以上ノ建物ヲ築造セスト云フカ如キハ無的地役ニ屬スルモノナリ此二者ノ區別ハ學理上ノ區別ニシテ別ニ法律上ニ於テ其適用ヲ示サス但シ無的地役ハ或事ヲ爲ササル地役ナルヲ以テ常ニ繼續地役ノ性質ヲ帶フルモノナリ

以上ニ於テ地役權ノ種類ヲ説明セリ以下右ニ關スル取得時効ノ適用ニ付テ説明セシ第二百八十三條ニ依レハ「地役權ハ繼續且表現ノモノニ限リ時効ニ因リテ之ヲ取得スルコトヲ得」トアリ故ニ時効ニ因リ取得セラルヘキ地役權ハ繼續地役ニシテ且ツ表現地役タルコトヲ要ス此二箇ノ性質ヲ同時ニ具備セサル地役權ハ時効ニ因リ取得スルコトヲ許サス何故ニ繼續且ツ表現ノモノニ限リ時効ニ因リ取得スルコトヲ許セシヤ先ツ其表現地役タルヲ要スル所以ハ地役ニシテ外形ニ顯ハレサル以上ハ如何ニ長年月ノ間之カ占有ヲ繼續スルモ取得時効ノ要件ヲ充サザレハナリ著シ取得時効ハ平穩且ツ公然ノ占有ニ限リ適用スルヲ得ルモノナルニ由リ地役力不表現ナルトキハ地役權者カ公然ノ占有ヲ爲

スモノト謂フヲ得サルニ由リ時効ニ因リ其權利ヲ取得シ能ハサルハ當然ノコトナリ是レ表現地役タルヲ要スル所以ナリ
時効ニ因リ取得シ得ヘキ地役權ハ何故ニ繼續地役タルヲ要スルヤ凡ソ時効ニ因リ權利ヲ取得スルニハ一定ノ期間占有ヲ繼續シテ始メテ之ヲ取得スルヲ得ルモノナリ故ニ地役權ヲ取得スルニ當リテモ亦其占有ハ繼續シテ中斷セラレタルコトヲ要スルハ勿論ナリト雖モ其特ニ繼續地役タルヲ要スル所以ハ他ニ理由ノ存スルモノアリ取得時効ノ成就ハ一定ノ期間占有ノ繼續ヲ要スト云フハ一定ノ期間其權利ノ行使ヲ繼續シテ中斷セラレサルコトヲ云フモノニシテ繼續地役ニ於ケルカ如ク其權利ノ性質中斷ナク行ハルルモノタルコトヲ必要トセス例ヘハ他人ノ土地ニ二十年間耕作ヲ繼續シタル者ハ之ニ因リ永小作權ヲ取得スルヲ得ヘシ耕作ノコトタルヤ毎年相當ノ季節ニ於テ之ヲ爲スモノニシテ年中間斷ナク行ハルルモノニ非スト雖モ時効ニ因リ其權利ヲ取得シ得ル所以ノモノハ他ナシ其物ノ用方ニ從ヒ二十年間權利ノ行使ヲ繼續シタルカ爲メニ外ナラス若シ單ニ此點ヨリ論スルトキハ通行地役權ノ如キ不繼續地役ニ

在リタモ一定ノ用方ニ從ヒ二十年間其通行權ノ行使ヲ繼續スルニ於テハ地役權ヲ取得セシメテ可ナルカ如シ然ルニ不繼續地役ハ如何ナル場合ニ於テモ時効ニ因リ取得スルヲ得ザルモノトシ繼續地役即チ權利ノ性質上中斷ナク行ハルルモノニ限り時効ニ因リ取得スルヲ許シタル所以ハ全ク別箇ノ理由ノ存スルモノナリ蓋シ不繼續地役ハ時ニ行ハルルモノニシテ繼續地役ノ如ク始終中斷ナク行ハルルモノニ非サルヲ以テ比較的ニ承役地ノ所有者ノ煩ヲ爲スコトモ少ク隨テ所有者ハ好意上之ヲ厭許ニ付スルコト多カルヘシ然ルニ其好意上ノ厭許ニ出ヅルモノヲ以テ權利者ノ怠慢ニ因ルモノト同視シ時効ニ因リ取得スルヲ許スカ如キハ善隣ノ好誼ヲ破ルノミナラス事實好意上ヨリ圓滿ニ行ハルヘキコトモ時効ニ因リ權利トシテ認メラルルノ危險アルモノトスレハ何人モ容易ニ之ヲ厭許スルカ如キコトナキニ至ルヘキヲ以テ其結果ハ却テ土地ノ利用發達ヲ害スルノ虞アリ是レ法律ハ地役權ニ關シ特例ヲ設ケ繼續地役ニ限り時効ニ因リ取得スルヲ許シタル所以ナリ
以上述ヘタル如ク地役權ヲ繼續且ツ表現ノモノナルトキハ時効ニ因リ取得スル

コトヲ得ルモノナリ而シテ第二百八十四條ハ共有地ニ關シ時効ニ因リ地役權ヲ取得スル場合ニ付テ規定セリ即チ共有者ノ一人カ時効ニ因リテ地役權ヲ取得シタルトキハ他ノ共有者モ亦之ヲ取得ス(第一項)ト前ニ述ヘタル如ク地役權ハ不可分ノ性質ヲ有スルモノナリ然ルニ若シ共有者ノ一人カ時効ニ因リ地役權ヲ取得シタル場合ニ於テ其效力ヲ他ノ共有者ニ及ホササルモノトスルトキハ地役權ノ分割ヲ認メサルヲ得サルニ至リ地役不可分ノ性質ニ反スルモノナルカ故ニ此場合ニ於テハ他ノ共有者モ亦之ヲ取得スルモノト爲シタルナリ第二百八十四條第二項第三項ノ規定モ之ト同一ノ理由ニ基クモノナリ共有者ノ一人ニ對シ時効ヲ中斷スルモ中斷ノ效力ヲ生セス必ス各共有者ニ對シテ之ヲ爲スヲ要シ又共有者ノ一人ニ對シ時効停止ノ原因アルモ時効ハ各共有者ノ爲メニ進行スルモノニシテ地役不可分ノ性質上共有地役權ハ地役權ヲ行使スル各共有者ニ對シ中斷若クハ停止アルニ非サレハ其效力ヲ生セサルモノトセリ

第三 地役權ノ效力

地役權ハ設定行爲ヲ以テ定メタル目的ニ從ヒ其權利ヲ行使スルモノナルカ故ニ權利行使ノ範圍ハ設定行爲ノ定ムル所ニ從ハサルヘカラス而シテ或目的ヲ達スルニ必要ナル手段ハ當然之ニ伴フモノナルニ由リ地役權者ハ其地役權ヲ行使スルニ必要ナル行爲ハ之ヲ爲スヲ得ルモノナリト解スヘキナリ例ヘハ通行地役權ヲ行使スルニ當リ承役地ニ通行ノ爲メニ必要ナル工作ヲ施スカ如キ是ナリ然レトモ是レ固ヨリ普通ノ原則ニ從ヒ當事者ノ意思ヲ推測スルヨリ來ル解釋ナルヲ以テ若シ設定行爲ニ於テ明カニ或工作ヲ施スコトヲ禁シタルトキハ固ヨリ之ニ從フヘキハ論ヲ埃タス但シ時効ニ因リ地役權ヲ取得シタルトキハ其取得ノ時ニ現ニ地役權者カ實行シ居リシ方法ニ從ヒテ地役權ヲ行使スヘキモノトス何トナレハ時効ハ時ノ效力ニ因リ事實上ノ占有ヲ其儘權利ト認ムルモノニ過キサレハ其占有ノ範圍ヲ超過シタル行使ノ方法ハ其取得シタル權利ノ性質上認ムヘカラサルモノナレハナリ

以上ニ述ヘタル地役權ノ行使ハ普通ノ原則ニ從ヒ之ヲ爲スヘキモノナリト雖モ用水地役權ハ其關係ノ頗ル複雑シタルモノアルカ爲メ法律ハ特ニ其行使ノ

方法ヲ第二百八十五條ニ規定セリ同條ニ依レハ水力要役方及ヒ承役地ノ需要ノ爲メニ不足ナルトキハ設定行爲ニ別段ノ定アル場合ヲ除クノ外ハ要役地及ヒ承役地ノ需要ニ應ジ第一ニ家用ニ供シ尙ホ殘餘アルトキハ之ヲ他ノ用ニ供スルモノト定メタリ廣ク家用其他一般ノ需要ノ爲メニ用水地役權ノ設定セラレシトキハ其水ニシテ其需要ヲ充スニ十分ナレハ固ヨリ論ナシト雖モ若シ十分ナルトキハ其使用ノ方法ハ相當ニ之ヲ定ムルノ必要アリ且ツ用水地役權ノ設定アリタルカ爲メ承役地ノ所有者カ全ク其水ノ使用權ヲ失フモノニ非サルハ勿論ナルニ由リ此場合ニ於テ要役地並ニ承役地ノ利害ヲ考察シテ以テ其使用方法ヲ定メサルヘシラス故ニ法律ハ水ノ使用ノ分量ニ付テハ要役地及ヒ承役地ノ需要ニ比例シテ之ヲ分ツヘキモノトシ水ノ使用ノ前後ニ付テハ家用ヲ先ニシ其他ノ需要ヲ後ニ後セリ是レ水ヲ家用ニ供スルハ之ヲ他ノ需要ニ供スルニ比スレハ比較的最も必要ノコトナレハナリ

第二百八十五條第二項ハ同一ノ承役地ノ上ニ數箇ノ用水地役權ヲ設定シタル場合ニ關シテ規定セリ此場合ニ於テハ後ノ地役權者ハ前ノ地役權者ノ水ノ使

用ヲ妨クハ得ス是レ固ヨリ當然ノコトナリ何人ト雖モ自己ノ有スルヨリ多クノ權利ヲ他人ニ與フルヲ得タルヲ以テ承役地ノ所有者ハ後ノ地役權ヲ設定スルニ當リテハ前ニ既ニ他ノ地役權者ニ與ヘタル權利ヲ侵奪スルヲ得ス隨テ後ノ地役權者ノ得タル權利ハ前ノ地役權者ノ權利ヲ侵奪セサル範圍内ニ於テ其存立ヲ認ムヘキハ當然ノコトナリ

前ニ説明シタル如ク地役權者ハ其權利ヲ行使スルニ必要ナル行爲ハ之ヲ爲スヲ得ルモノナリト雖モ地役權ハ物權ナルカ故ニ地役義務者即チ承役地ノ所有者ハ要役地ノ所有者ニ地役權行使ニ必要ナル行爲ヲ爲スノ義務ヲ負フコトナシ然レトモ若シ設定行爲又ハ特別ノ契約ヲ以テ承役地ノ所有者カ此義務ヲ負擔スルコトヲ約スルニ於テハ其契約ハ敢テ公ノ秩序ニ反スルモノニ非サルヲ以テ有效ナルハ勿論ナリ而シテ契約ハ當事者間ニ效力ヲ有シ第三者ヲ羈束スルノ效力ナキヲ以テ若シ特別ノ規定ナキトキハ承役地ノ所有者カ其承役地ヲ他人ニ讓渡シタルトキハ地役權者ハ此權利ヲ其第三取得者ニ對抗スルコトヲ得タルモノト謂ハサルヘカラス然ルニ此ノ如キ地役權ノ行使ニ必要ナル行爲

ヲ爲ス義務ハ地役權ト相待テ離ルヘカラサルモノナルカ故ニ若シ承役地ノ所有者カ其承役地ヲ讓渡シタル結果其義務ノ消滅スルモノトスルトキハ爲メニ地役權者ハ著シキ損害ヲ被ルニ至ルヘタ此ノ如キコトハ普通地役權者ノ豫想セサル所ナルヲ以テ法律ハ第二百八十六條ニ於テ此場合ニ關スル特例ヲ設ケ其義務ハ承役地ノ所有者ノ特定承繼者モ之ヲ負擔スルモノト爲セリ故ニ原則トシテハ此ノ如キ義務ヲ承役地ノ所有者ニ負擔セシムルコトハ素ト債權ノ結果ニ過キサルモノナリト雖モ法律ハ此場合ニ於テハ特定承繼人ノ負擔ニ移ルモノナリト爲シタルヲ以テ觀ルトキハ法律ハ之ヲ物權ト同視シタルモノナリ彼ノ共有ニ關スル第二百五十四條ノ規定ノ如キ唯債權ヲ特定承繼人ニ對シテモ對抗セシムルコトヲ得ル場合ニ比シ一層進ミタル規定ニシテ彼ニ在リテハ尙ホ債權ノ性質ヲ脱セサルモ此ニ在リテハ債權ノ性質ヲ脱シ物權ト同様ノ性質ヲ認メタルモノナリ既ニ之ヲ物權ト同視スル以上ハ承役地ノ所有者ハ其義務ノ附隨スル土地ヲ地役權者ニ委棄シテ其負擔ヲ免ルルコトヲ得セシムルハ當然ノ規定ナリ是レ第二百八十七條ノ規定アル所以ナリ

地役權行使ノ爲メニ承役地ノ上ニ設ケラレタル工作物ハ地役權者ノ權利ヲ妨ケタル範圍内ニ於テ承役地ノ所有者ニ之ヲ使用スルコトヲ得セシメタリ(第二八八條理論上ヨリ言フトキハ地役權者ノ爲メニ設ケタル工作物ハ權利者獨リ之ヲ行使シ他人ノ行使ハ之ヲ拒ムコトヲ得ルモノナリト雖モ苟モ他人ノ行使ニシテ敢テ權利者ノ權利行使ヲ妨害セサル以上ハ別段之ヲ拒ムノ必要ナカルヘク強テ之ヲ拒ムコトヲ得ルモノトスルトキハ承役地ノ所有者ハ之カ爲メ更ニ工作物ヲ設ケサルヲ得サルニ至リ二重ノ費用ヲ要シ經濟上ノ損失ヲ來スモノナルニ由リ本條ニ於テ特ニ承役地ノ所有者ニ之ヲ使用スルコトヲ得セシメタリ尤モ承役地ノ所有者ハ之ヲ使用スル以上ハ其受クル利益ノ割合ニ應シ其工作物ノ設置及ヒ保存ノ費用ヲ分擔スヘキハ不當利得ノ法理上當然ナルニ由リ本條第二項ニ此事ヲ規定セリ

本節ヲ終ルニ臨ミ學說ニ從タル地役ト稱スルモノニ付テ一言セン例ヘハ汲水地役權ノ場合ニ於テ水源ノ所在地ヤ他人ノ土地ノ通行ヲ要スルトキハ其通行權ハ汲水地役權ノ從タル地役權ナリト云フカ如シ是レ前ニ説明シタル如ク

或目的ヲ達スルニ必要ナル手段ハ當然之ニ伴フモノナリトノ理由ヨリ來ル結果ニ外ナラス汲水地役權行使ノ手段トシテ通行ノ權利ヲ有スルモノニシテ此ノ如ク他人ノ土地ヲ通過スルニ非サレハ汲水ヲ爲ス能ハサル事實ニ於テハ汲水地役權ハ當然ノ結果トシテ通行權ヲ包含スルモノト謂フヘシ此ノ如キ場合ニ於ケル通行權ハ汲水地役權行使ノ手段トシテ生スルモノナルカ故ニ其通行ヲ爲スハ汲水ノ爲メニ必要ナル方法程度ニ限ルヘキハ論ナク又汲水地役權ノ消滅スルトキハ通行權モ亦消滅スヘキモノナリ是レ學說ニ於テ之ヲ從タル地役權ト稱スル所以ナリ

第四 地役權ノ消滅

地役權ハ普通物權ニ於ケルト同一ノ原因ニ由リテ消滅ス法律ハ其消滅原因中時效ニ關スルモノハ地役權ニ特別ナル適用ヲ生スルモノアルニ由リ特ニ此時效ニ因リ消滅スル場合ニ付テ規定セリ

繼續且ツ表現ノ地役權ニ限り時效ニ因リ取得ヒラルルニ反シ總テノ地役權ハ時效ニ因リ消滅スルモノナリ是レ消滅時效ノ原因ト爲ルヘキ承役地ノ占有及

ヒ地役權ノ不行使ハ如何ナル種類ノ地役權ニ關シテモ生シ得ヘキモノナレハナリ法律ハ時效ニ因リ地役權ノ消滅スヘキ場合ヲ二ツニ區別セリ(第一ハ他人カ承役地ニ對シ取得時效ノ效果ヲ得タル結果トシテ地役權ノ消滅スル場合第二ハ權利ノ不行使ニ因リ時效ニ罹リ地役權ノ消滅スル場合はナリ

第一ノ他人カ承役地ニ關シ取得時效ヲ得タル結果地役權ノ消滅スル場合ハ第二百八十九條ニ之ヲ規定セリ同條ニ依レハ承役地ノ占有者カ取得時效ニ必要ナル條件ヲ具備スル占有ヲ爲シタルトキハ地役權ハ之ニ因リ消滅スルモノナリ抑モ地役權ハ所謂所有權ノ支分權ナルカ故ニ若シ承役地ノ占有者カ取得時效ノ效力ニ因リ承役地ノ完全ナル所有權ヲ取得シタルトキハ地役權ハ當然其取得セラレタル權利ノ一部ヲ構成シ其結果トシテ地役權ハ消滅ス此場合ニ於テ取得時效ノ成就ヲ妨ケントスルトキハ普通時效ノ規定ニ從ヒ自然ノ中斷アルカ又ハ法定ノ中斷ヲ爲ササルヘカラスト雖モ此ノ如キハ地役權者ニ取リ頗ル不利益ノ點アルヲ以テ殊ニ第二百九十條ニ於テ地役權者カ其權利ヲ行使スルトキハ時效中斷ノ效力ヲ生スルモノトシ以テ地役權者ヲ保護セリ蓋シ地役權

ハ物權ナルヲ以テ承役地カ何人ニ移轉スルモ依然存續スヘキモノナリ故ニ普通ノ場合ニ於テハ地役權者ハ其承役地ノ何人ニ屬スルヲ問ハス依然存續スヘキモノト思惟シタルニ偶々他人カ取得時効ニ因リ承役地ノ所有權ヲ取得シタル結果地役權モ亦消滅スルモノトスルトキハ爲メニ地役權者ハ意外ノ損失ヲ被ルコトアルヘキヲ以テ殊ニ普通中斷方法ノ外權利行使ヲ以テ中斷スルコトヲ得セシタリ此ノ如ク權利行使ヲ以テ時効中斷ノ效力ヲ生スルモノトスル以上ハ別ニ權利ノ不行使ニ因ル消滅時効ノ場合ト區別スル所ナキカ如キト雖モ取得時効ノ結果消滅スル場合ハ占有者ノ善意惡意ニ依リ十年若クハ二十年ノ期間ヲ以テ取得時効ハ成就シ隨テ地役權モ此期間中斷ヲ爲ササルトキハ消滅スト雖モ單ニ權利ノ不行使ニ因ル消滅時効ノ場合ハ第百六十七條第二項ニ依リ常ニ二十年間ノ期間ヲ要ス

第二ノ權利ノ不行使ニ因リ時効ニ罹リ地役權ノ消滅スルコトニ付テハ一般消滅時効ノ規定ヲ適用スヘキモノナリ其消滅時効進行ノ起算點ニ關シテ繼續地役ト不繼續地役トノ間ニ規定ヲ要スルモノアリ第百九十一條ハ此點ニ付テ

規定セリ抑モ繼續地役ハ人ノ所爲ヲ要セスシテ自然ニ行ハルヘキ地役ナルニ由リ他ヨリ其權利行使ヲ妨クヘキ事實ノ來ラサル以上ハ其權利ハ行ハレ居ルモノトセサルヘカラス故ニ法律ハ其權利行使ヲ妨クヘキ事實ノ生シタル時ヨリ消滅時効ハ進行ヲ始ムルモノトセリ之ニ反シ不繼續地役ハ權利ノ行使ヲ爲スニ當リ人ノ所爲ヲ要スルモノナルニ由リ二十年間權利行使ノ所爲ナカリシトキハ消滅時効ニ罹ルモノナルヲ以テ法律ハ最後ノ權利行使ノ時ヨリ消滅時効ノ期間ヲ起算スルモノトセリ

第二百九十二條ハ地役權ノ共有ニ關スル場合ニ關シ時効ノ中斷又ハ停止ノ效力ヲ規定セリ此場合ニ於テ共有地役權者ノ一人カ消滅時効ヲ中斷スルカ又ハ共有者ノ一人ノ爲メニ時効停止ノ原因存スルトキハ其中斷又ハ停止ハ他ノ共有者ノ爲メニモ其效力ヲ生シ結局時効ハ中斷又ハ停止セラレタルモノトシ消滅時効成就セサルモノナリ是レ前ニ説明シタル如ク地役ハ不可分ノ性質ヲ有スルニ由リ若シ此ノ如キ場合ニ於テ中斷ヲ爲シ又ハ停止ノ原因ノ存シタル者ノ爲メニ消滅時効ハ成就セスシテ他ノ共有者ノ爲メニ成就スルモノトスルトキ

ハ結局地役權ノ分割行使ヲ爲ササルヲ得サルニ至リ事實行ハレサルヲ以テ其中斷及ヒ停止ハ各共有者ノ爲メニ效力ヲ生スルモノト爲シタルナリ各共有者ノ間ニハ常ニ利害ノ關係ヲ有シ共同シテ其權利ヲ保護スヘキモノナルニ由リ既ニ第二百五十二條ニ於テ規定スル如ク保存ノ行爲ハ各共有者之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ消滅時効ヲ中斷スルカ如キハ畢竟其權利ヲ保存スル行爲ニ過キサルニ由リ此點ヨリ論スルモ共有者ノ一人ノ爲シタル中斷ハ他ノ共有者ヲ利スルモノト爲スハ當然ノ規定ナリ

第二百九十三條ハ地役權ノ一部不行使ノ場合ニ關シテ規定セリ此場合ニ於テハ其不行使ノ部分ノミ消滅時効ニ因リ消滅スルモノトセリ例ヘハ承役地ノ上ニ通行地役權ヲ有スルニ當リ其通路カ數條アリテ其中或通路ヲ二十年間使用セサルトキハ此部分ニ關スル地役權ハ消滅スルモノニシテ此場合ニ於テハ地役權ノ範圍縮小シタルモノナリ

第五 入會權

入會權ハ前ニ共有ノコトヲ説クニ當リ述ヘタル如ク共有ノ性質ヲ有スルモノ

ト共有ノ性質ヲ有セサルモノトノ二種アリ共有ノ性質ヲ有スル入會權ニ付テハ共有ノ規定ヲ適用シ共有ノ性質ヲ有セサル入會權ニ付テハ地役ノ規定ヲ準用スヘキモノナリ第二百九十四條ハ此共有ノ性質ヲ有セサル入會權ニ付テ規定セリ共有ノ性質ヲ有セサル入會權トハ他人ノ土地ノ上ニ從來各地方ニ於テ入會權トシテ認ムル權利ヲ有スル場合ヲ謂フモノニシテ多數ノ入會權ハ此種ニ屬ス地役權ハ土地ノ便益ノ爲メニ存スル權利ナルモ入會權ハ多クハ人ノ利益ノ爲メニ存スル權利ニシテ此點ハ近世ノ立法ニ於テ成ルヘク人ノ利益ノ爲メニ存スル役權ヲ制限スル趣旨ニ反スト雖モ我國古來ヨリ慣習上之ヲ之ヲ認メタル權利ナルニ由リ今俄ニ其慣習ヲ打破スルカ如キハ却テ大害ヲ生スルニ由リ法律ハ依然之ヲ認メタリ而シテ尙ホ共有ノ性質ヲ有スル入會權ノ場合ニ於ケルト同シク共有ノ性質ヲ有セサル入會權ニ付テモ原則トシテ各地方ノ慣習ニ從フヘキモノトシ其據ルヘキ慣習ナキ場合ニ於テ始メテ地役權ニ關スル規定ヲ準用スヘキモノト爲シタリ是レ極メテ當ヲ得タル規定ナリ

民法物權 (自第一章至第六章) 終

(三十三年度講義録)

法學士 荒井 賢太郎 講述

民法物權

(自第一章
至第六章)

和佛法律學校發行

民法物權(自第一章至第六章)目次

第一章 總則	一
第二章 占有權	九
總論	九
第一節 占有權ノ取得	一二
第二節 占有權ノ效力	三七
第三節 占有權ノ消滅	六九
第四節 準占有	七四
第三章 所有權	七四
第一節 所有權ノ限界	七五
第二節 所有權ノ取得	一二四
第三節 共有	一五八
第四章 地上權	一八一

第五章 永小作權

一八九

第六章 地役權

二〇二

民法物權(自第一章)目次終

者ノ一方又ハ雙方ノ意思カ詐欺又ハ強迫ニ因リテ生シタル婚姻四婚養子縁組ノ場合ニ於テ其縁組カ無効ト爲リ又ハ取消サレタルトキ是ナリ

第一 子カ婚姻ヲ爲スニ當リ家ニ在ル父母又ハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ經可キニ(第七七二條之ヲ經サリトキハ此等ノ者ハ婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得第七八三條人事編第六〇條第六一條)

子カ婚姻ヲ爲スニ付テハ家ニ在ル父母又ハ後見人及ヒ親族會ノ同意ヲ要スルニ子カ其同意ヲ經サルトキハ此等ノ者ハ其權利ヲ毀損セラレタルニ付キ之ニ其婚姻ノ取消權ヲ與フルハ至當ナリ舊民法人事編ハ此場合ニ於テ許諾ヲ受テ可キ者ニモ自己ノ爲シタル婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許シタリ(第六〇條下雖モ此場合ハ意思能力ノ不充分ナル婚姻不適齡者カ自ラ爲シタル婚姻ヲ取消ス場合ト異ナリテ自ラ父母後見人等ノ同意ヲ經スシテ爲シタル婚姻ヲ取消スコトヲ許スハ婚姻ヲ輕視スルニ至ルノ虞アリテ之ヲ許ス可キ理ナキヲ以テ新法ハ此場合ニ於テ同意ヲ得スシテ婚姻ヲ爲シタル者ニハ其取消ヲ請求スルコトヲ許ササルナリ

第二 右ノ場合ニ於テ同意ヲ爲ス可キ者ノ同意カ詐欺又ハ強迫ニ因リタルト

此ノ如キ同意ハ真正ノ同意ニ非サルヲ以テ父母、後見人及ヒ親族會ニ婚姻ノ取消權ヲ與ヘサル可カラス

以上二箇ノ場合ノ取消權ハ左ノ場合ニ於テ消滅ス(第七八四條、人事編第六二條)

一 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ婚姻アリタルコトヲ知リタル後又ハ詐欺ヲ發見シ若クハ強迫ヲ免レタル後六個月ヲ經過シタルトキ

二 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者カ追認ヲ爲セタルトキ

三 婚姻届出ノ日ヨリ二年ヲ經過シタルトキ

(一) 同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者即チ父母又ハ後見人及ヒ親族會カ自己ノ同意ヲ爲ナサル婚姻アリタルコトヲ知リテヨリ六個月ヲ經過シ又ハ詐欺又ハ強迫ニ因リテ同意ヲ爲シタルモ詐欺ヲ發見シ又ハ強迫ヲ免レテヨリ六個月ヲ經過スルモ其取消權ヲ行使セサルトキハ之ヲ拋棄シタルモノトシ最早其期間後ハ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ許サス

(二) 此婚姻ノ取消ハ婚姻ヲ爲スニ付キ要スル同意ナキニ原因スルモノナレハ同意ヲ爲ス可キ者後ニ至リ其婚姻ヲ追認スルトキハ是レ同意ヲ爲シタルニ等シキヲ以テ此場合ニ於テ同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ニ婚姻ノ取消ヲ許ス可キ理アラサルナリ

(三) 婚姻届出ノ日ヨリ二年ヲ經過スルトキハ縱令其間ニ在リテ詐欺ヲ發見セ又ハ強迫ヲ免レスト雖モ婚姻ノ取消權消滅スルモノトシタルハ婚姻ハ人事其他種種ノ關係ヲ有スルニ付キ婚姻シタル者ヲシテ長ク曖昧不定ノ地位ニ置ク可カラサルヲ以テ法律ハ此場合ニハ二年ヲ經過シタルトキハ婚姻ノ取消ヲ許ササルコトトシタリ

以上舉ケタル(二)ノ場合ノ六個月(三)ノ場合ノ二年ハ孰レモ取消權行使ニ付キ法律ノ設ケタル豫定期間ニシテ時効ニ非サルナリ故ニ以上ノ期間ハ如何ナル事由アリトモ之ヨリ延長スルコト非サルナリ例ヘハ時効停止又ハ中斷ノ如キ事由アリトモ之ニ關セス右ノ期間ニテ消滅スルモノトス

第三 詐欺又ハ強迫ニ因リテ婚姻ヲ爲シタル者ハ其婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請

求スルコトヲ得第七八五條人事編第六三條第六四條

一般ノ法律行爲ヲ爲スニ付モ其意思表示カ詐欺又ハ強迫ニ因ルトキハ之ヲ取消スコトヲ得ルト同シク婚姻ニ付ラモ其意思表示カ詐欺又ハ強迫ニ因ルトキハ之ヲ取消ノ請求ヲ爲スコトヲ許ササル可カラス而シテ此場合ハ普通ノ場合ト同シク詐欺又ハ強迫ヲ受ケタル者ノミカ此取消權ヲ有スルモノニシテ其相手方ハ否ラサルナリ

此取消權ハ當事者カ詐欺ヲ發見シ若クハ強迫ヲ免レタル後三個月ヲ經過セ又ハ追認ヲ爲シタルトキハ消滅スルモノトス而シテ是レ曩ニ說キタル同意ヲ爲ス權利ヲ有セシ者ニ關スル規定ト其理由異ナルコトナシ

第四 婿養子縁組ノ場合ニ於テハ各當事者ハ縁組ノ無効又ハ取消ヲ理由トシテ婚姻ノ取消ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得但縁組ノ無効又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ婚姻取消ヲ請求スルコトヲ妨ケス(第七八六條人事編第一三三條)

婿養子縁組ナルモノハ一方ニ於テハ普通ノ養子縁組ノ性質ヲ有シ他ノ一方ニ於テハ婚姻ノ性質ヲ有シ而シテ其結果ハ養家ニ於テ父母トノ間ニ親子ノ關係

ヲ生スルト同時ニ家女トノ間ニ夫婦ノ關係ヲ生スルモノニシテ縁組ノ無効又ハ取消ト婚姻ノ無効又ハ取消トハ互ニ相密著シタル關係ヲ有ス故ニ養子縁組カ無効ト爲リ又ハ取消サレタル場合ニ於テ婚姻ノミ繼續シ又ハ婚姻ノ無効ト爲リ又ハ取消サル場合ニ養子縁組ノミ繼續スルコトトスルハ當事者ノ意思ニ反シ相互ニ厭忌スルヲ通例トスルヲ以テ各當事者ハ婿養子縁組ノ無効ト爲リ又ハ取消サレシトキハ之ヲ理由トシテ婚姻ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲シ又婚姻ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタルトキハ之ヲ理由トシテ養子縁組ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセリ(第八五八條然レトモ是レ唯一方ノ無効又ハ取消ヲ原因トシテ他ノ一方ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ト云フニ止マリ之ヲ請求スルト否トハ固ヨリ當事者ノ任意ナレハ婚姻ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタルニ拘ラス養子縁組ハ依然繼續スルコトヲ得可シ又養子縁組ノ無効ト爲リ又ハ取消サレタル場合ニ婚姻ハ之ヲ繼續スルコトヲ得可キナリ以上ノ場合ニ於ケル婚姻ノ取消ノ訴訟ハ獨立ノ本訴トシテ之ヲ提起セシテ縁組ノ無効又ハ取消ノ請求ニ附帶シテ提起スルコトヲ得可キモノトス民事訴訟

訴訟ノ規定ニ從フトキハ同一ノ被告ニ對スル原告ノ請求數箇アル場合ニ於テ其各請求ニ付キ受訴裁判所カ管轄權ヲ有シ且ツ法律ニ於テ同一種類ノ訴訟手續ヲ許ストキハ原告ハ其請求ヲ一箇ノ訴ニ併合スルコトヲ得民事訴訟法第一九一條ルニ付キ例ヘハ婚姻無効ノ訴ト禁治産ニ關スル訴ト其訴訟手續同一種類ナルヲ以テ其管轄同一ナルトキ同一ナラサルコトアリ此二者ヲ併合シテ提起スルコト許サル可キモノナレトモ民事訴訟手續法明治三十一年六月法律第一三號ニ於テ婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴ハ法律カ例外ヲ設ケタル場合ノ外ハ之ヲ他ノ訴ト併合シテ提起スルコトヲ許サレサルヲ以テ右兩訴ノ如キハ之ヲ併合シテ提起スルコトヲ得サルナリ然レトモ婚姻ノ無効又ハ取消ノ訴及ヒ養子縁組ノ無効又ハ取消ノ訴ハ之ヲ併合シテ若クハ互ニ反訴トシテ提起スルコトヲ得ルナリ(民事訴訟手續法第七條)

茲ニ說キタル取消權ハ際限ナク長ク存セシム可キモノニ非ス當事者カ縁組ノ無効ナルコト又ハ其取消アリタルコトヲ知リタル後三個月ヲ經過シ又ハ其取消權ヲ拋棄シタルトキハ消滅ス可シ而シテ時ノ經過ハ曩ニ說キタルカ如ク取

消權ノ暗黙ノ拋棄ト看ルコトヲ得可キナリ

○婚姻ノ取消ノ效力 隱居ハ曩ニ說キタルカ如ク之ヲ取消シタルトキハ總則ノ規定第一二一條ニ從ヒ最初ヨリ隱居セサルモノノ如ク無効ト爲ルモ婚姻ハ之ヲ取消ストモ其效力ハ將來ニノミ存シ既往ニハ遡及セサルナリ(第七八七條人事編第六六條)今之ヲ詳言スレハ婚姻ハ取消サレタリトモ其以前ノ關係ハ依然有效タルモノニシテ夫婦ハ則チ夫婦タリシナリ其間ニ生レタル子ハ嫡出子ニシテ婚姻ノ取消サレタルカ爲メニ毫モ變更スルコトナシ若シ此場合ニ於テ普通ノ法律行為ノ如ク最初ヨリ無効ナルモノトスルトキハ其婚姻ニ因リテ生レタル子ノ如キハ最初嫡出子ナリシ者モ私生子ト爲ルモノニシテ之カ爲メニ其享受スヘキ利益ヲ失ヒ其不幸云フ可カラサルナリ

以上ハ婚姻ノ取消カ身分關係ニ及トス效力ナルカ婚姻取消ノ効ニシテ財産上ニ及フモノアリ其財産ニ關スル取消ノ效力モ亦既往ニ遡及セサルヲ原則トス若シ婚姻取消ノ效力ヲ既往ニ遡及スルモノトスルトキハ當事者ノ各自ヨリ婚姻中ニ得タル物ヲ悉ク返還シ其他總テ舊狀ニ復セサルヲ得サルモノニシテ類

ル混雜ヲ生スルヲ以テ本法ハ財産ニ關シテモ婚姻取消ノ效力ハ將來ニノミ生
スルコトト爲ヒリ故ニ例ヘハ夫カ從來其配偶者ノ財産ヨリ得タル果實第七九
九條ハ之ヲ返還スルコトヲ要セス又妻ハ夫ノ負擔シタル婚姻中ノ費用第七九
八條ヲ賠償スルコトヲ要セサルヲ原則トシ唯婚姻取消ノ當時ニ有セル當事者
各自ノ特有財産第八〇七條ヲ分離スルニ止マル然レトモ之カ爲メ當事者ノ一
方カ不當ノ利得ヲ爲スコトハ許ス可カラサルカ故ニ善意ナル當事者即チ婚姻
ノ當時其取消原因ノ存スルコトヲ知ラナリシ當事者カ婚姻ニ因リテ財産ヲ得
タルトキハ現ニ利益ヲ受タル限度ニ於テ之カ返還ヲ爲スコトトシタリ
惡意ノ當事者即チ婚姻ノ當時其取消原因ノ存スルコトヲ知リタル當事者ハ善
意ノ當事者ト異ナリテ婚姻ニ因リテ得タル利益ノ全部ヲ返還シ尙ホ其相手方
カ善意ナリシトキハ其損害賠償ノ責ニ任ス蓋シ取消ノ原因アルコトヲ知リテ
婚姻シタル者ハ惡意ノ受益者ナレハ之ヲ善意ノ當事者ノ如ク保護スルノ必要
ナク毫モ之ニ取消ノ爲メ利益ヲ受ケシム可キ理由存セサルナリ是ヲ以テ此場
合ニ於テハ婚姻ニ因リテ得タル一切ノ利益例ヘハ其財産ニ因リテ自己ノ債務

ヲ辨濟シタルトキハ其債務額及ヒ其法定ノ利息婚姻中ノ費用ヲ相手方カ負擔
シタルトキハ其費用ノ自己ノ部分ニ屬スレハ及ヒ其法定ノ利息等ヲ返還ス
ルコトヲ要ス

第二節 婚姻ノ效力

本節ニ規定スル所ハ妻カ夫ノ家ニ入ルコト夫婦ノ權利義務及ヒ夫婦ノ契約ニ
關スル原則ニ過キス而シテ法律カ夫婦ノ權利義務ニ付テ規定シタル所ハ最モ
必要ニシテ且ツ強行シ得可キ性質ノモノノミヲ掲グルニ過キスシテ其道徳上
ノ範圍ニ屬スルモノノ如キハ全ク之ヲ規定セス而シテ婚姻ノ效力ノ發生時期
及ヒ妻ノ能力ニ關シテモ本節ニ於テ規定ス可キモノナリト雖モ既ニ婚姻ノ成
立ト題スル節中ニ婚姻效力ヲ生スル時期ヲ規定シ又妻ノ能力ニ關スルコトハ
民法ノ總則編ニ規定シタルヲ以テ茲ニ之ヲ規定セサル所以ナリ又婚姻ニ因リ
テ親族關係ヲ生スレトモ是レ本編總則ノ規定スル所ナレハ復タ茲ニ説カサル
ナリ

○夫婦家ヲ同シウスル義務 婚姻ヲ爲シタルトキハ妻カ夫ノ家ニ入ルコトアリ又夫ハ妻ノ家ニ入ルコトアリ普通ノ場合ニ於テハ妻ハ婚姻ニ因リテ夫ノ家ニ入ル然レトモ入夫及ヒ婿養子ハ妻ノ家ニ入ル(第七八八條、人事編第二四三條)夫婦ハ共同生活ヲ爲ス可キモノナレハ事實上生活ノ場所ヲ同シウスルト共ニ亦法律上ノ家ヲ同シウセサル可カラス是ヲ以テ孰レカ一方ノ家ニ入ラサル可カラサルヤ論ヲ挾タサルナリ而シテ家族制度ヲ維持スル爲メニハ普通ノ場合ニ於テハ妻ハ夫ノ家ニ入ル然レトモ家ノ血統ニ屬スル男子ナキトキハ其血統ヲ有スル女子ニ於テ之ヲ承繼スルコトアリ是レ婿養子又ハ入夫ノ必要アル場合ニレテ此場合ニ於テ夫カ妻ノ家ニ入ルハ家族制度ニ關スル自然ノ結果ナリ夫婦中ノ孰レカ其一方ノ家ニ入リタルトキハ其入リタル家ノ氏ヲ稱シ其家ニ屬スル身分待遇等ヲ受クルモノトス例ヘハ妻平民ナルモ其入リタル夫ノ家ニシテ華族ナルトキハ華族ノ待遇ヲ受ク可シ

○夫婦ノ同居ニ關スル權利義務 妻ハ夫ト同居スル義務ヲ負フ又夫ハ妻ヲシテ同居ヲ爲サシムル義務アリ(第七八九條、人事編第六五條、第八四條、第八五條、夫

婦ノ同居ヲ爲スコトハ其相互ノ權利タリ妻ハ夫ニ隨從ス可キモノナレハ夫カ選定シタル居所ニ隨フ可キモノニシテ縱令其居所カ外國ナリトモ之ニ隨從スルコトヲ拒ムヲ得サルナリ又夫ハ妻ヲ引取ルノ義務ヲ負フカ故ニ其選定シタル居所ニ妻カ隨從セントスル場合ニ之ヲ拒ムコトヲ得ス換言スレハ妻ノ意ニ反シテ之ト別居ヲ爲スコトヲ得サルナリ

夫婦カ右ノ義務ニ背戾シタルトキ換言スレハ妻カ夫ト同居スルコトヲ肯セザルトキ又ハ夫カ妻ヲシテ同居ヲ爲サシメサルトキハ如何ナル制裁アリヤ妻カ夫ト同居ヲ爲スコトヲ肯セザルトキハ夫ハ妻ニ對シ扶養ノ義務ヲ負ハサルコトハ疑ヲ容レヌ何トナレハ第九百六十一條ノ規定ニ從ヘハ扶養ノ義務者ハ扶養權利者ヲ引取リテ之ヲ養ヒ又ハ之ヲ引取ラスレテ生活ノ資料ヲ給付ス可キ選擇權ヲ有スルニ其權利者カ扶養義務者ノ意ニ反シテ其家ニ引取ラレサルヲ以テ此場合ニ於テ扶養權利者ハ自ラ扶養ノ權利ヲ主張スルコトヲ得サルハ言フヲ挾タサルナリ又夫カ妻ヲシテ同居ヲ爲サシメサル場合カ若シ第八百三十三條第六號ノ場合即チ配偶者ヨリ惡意ヲ以テ遺棄セラレタルモノナルトキハ妻

ハ之ヲ理由トシテ離婚ヲ請求スルヲ得可キコトモ亦論ヲ俟タサルナリ然レトモ此等二箇ノ制裁ハ前ニ舉ケタル義務ノ違背者ニ加フル直接ノ制裁トシテハ未タ以テ足レリトセサルナリ換言スレハ此制裁ハ義務ノ直接履行ヲ求メントスル配偶者ノ爲メニハ毫モ效力ヲ有セサルナリ若シ妻カ夫ト同居スルコトヲ頑然拒ミタルトキハ強力ヲ用テ強制スルコトヲ得可キヤ此問題ハ佛民法ニ於テモ存スル所ナルカ積極論カ一般ニ認容セラルル所ナリ凡ソ義務ニシテ法律ニ規定セラレタル以上ハ有效ナル制裁ナカル可カラサルモノニシテ若シ其制裁ナシトスルトキハ其義務ハ有名無實ナル於是乎若シ妻カ夫ト同居ヲ爲スコトノ義務ニ背キタル場合ニハ妻ヲ強制シテ夫ト同居セシムルノ一方法アルノミ而シテ其方法ハ公力ヲ假ルヨリ外アラサルナリ是レ同居ノ義務ノ違背ニ對スル最モ有力ノ制裁タルナリ普通法ニ從フトキハ或事ヲ爲スコキ義務ヲ負フ者カ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テ公力ヲ假リ之ヲ強制シテ其履行ヲ爲サシムルコトヲ得サルハ勿論ナリト雖モ然レトモ此原則ハ財產權ニ關スル義務ニ違背シタル場合ニ非サレハ適用スルコトヲ得サルナリ然ルニ今茲ニ論

スル問題ハ財產權ニ關セサル義務違背ナリ而シテ債務者カ債權者ニ對シテ負ヒタル財產權上ノ義務ニ違背シタル場合ニ於テ債務者ノ自由及ヒ身體ヲ拘束ス可カラサルコトハ論ヲ俟タサレトモ此ノ如キ場合ニ於テハ其義務ノ違背ニ對シテハ他ノ對價ヲ以テ償フルコトヲ得可シ換言スレハ之カ爲メニ生シタル損害ハ金錢ヲ以テ賠償スルヲ得可シト雖モ妻カ同居ノ義務ニ違背シタルトキハ其權利者ノ爲メニハ如何ナル對價アルカ金錢ヲ以テ損害賠償ヲ爲スヘキヤ此場合ニ於テハ夫ノ受ケタル害ハ金錢ヲ以テ賠償スルコト能ハス他ノ適當ナル方法ヲ以テセサル可カラサルモノニシテ其方法ハ公力ヲ措テ他ニ適當ナルモノアラサルナリ然レトモ此說ニハ反對說ナキニ非サルナリ

○扶養ノ義務 第七百九十條 夫婦ハ互ニ扶養ヲ爲ス義務ヲ負フ(人事編 第八四條)

夫婦ハ苦樂ヲ共ニス可キモノナレハ一方ハ資力ヲ有シ裕ニ生活ヲ爲スコトヲ得ルニ他ノ一方カ貧困ニ迫ルヲ顧ミサル可キモノニ非ス是ヲ以テ夫婦ハ相互ニ扶養ノ義務ヲ負フコトトシタリ而シテ扶養ノ義務ニ關スルコトハ本編第八

章トシテ別ニ詳細ナル規定ノ設アルヲ以テ今茲ニ細説セサルナリ
○妻ノ後見人タル義務 第七百九十一條 妻カ未成年者ナルトキハ成年ノ夫
ハ其後見人ノ職務ヲ行フ

未成年者ニ對シテ親權ヲ行フ者ナキトキ又ハ親權ヲ行フ者カ管理權ヲ有セツ
ルトキ(第九〇〇條)ハ未成年者ハ後見ニ服スルコトヲ要スルモノニシテ其後見
人ハ第九百一條ノ規定ニ從ヒ親權ヲ行フ者遺言ヲ以テ之ヲ指定シ第九百三條
ノ規定ニ從ヒ戸主其後見人ト爲リ又ハ第九百四條ノ規定ニ從ヒ親族會ニ於テ
後見人ヲ選任スルヲ例トスルヲ以テ若シ妻ニシテ未成年者ナルトキハ普通ノ
規定ニ從ヘハ夫以外ノ者ニ於テ右ニ掲タルカ如ク親權ヲ行ヒ又ハ後見人ノ職
務ヲ行フヲ得可ケレトモ妻ノ爲メニハ夫カ最も能ク其利益ヲ保護ス可キ者ナ
レハ此場合ニ於テ他ノ者ヲ擲キ夫ヲシテ妻ノ後見人ノ職務ヲ行ハシムルヲ可
トシ此規定ヲ設ケタリ然レトモ夫自身カ未成年者ナルカ若クハ禁治產者ナル
トキハ妻ノ爲メニ後見人ノ職務ヲ行フコト能ハサルヲ以テ其場合ニ於テハ他
ニ後見人ヲ選定スルコトヲ要スルハ論ヲ埃タサルナリ

○夫婦間ニ於テ爲シタル契約 第七百九十二條 夫婦間ニ於テ契約ヲ爲シタ
ルトキハ其契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得但第
三者ノ權利ヲ害スルコトヲ得ス(財產取得編第三五條第三六條第一〇九條第二
項第三六七條)

夫婦間ニ於テハ他人間ニ於ケルト異ナル關係アラテ契約ヲ爲スニ當リテモ或
ハ妻ハ夫ニ威壓セラレテ充分ナル意思ヲ達フルヲ得タルコトアリ又夫ハ妻ノ愛
ニ陷溺シテ不知ノ間ニ意思ノ自由ヲ奪ハルル等ノコトアルヲ以テ夫婦間ニ爲
シタル契約ハ婚姻中何時ニテモ夫婦ノ一方ヨリ之ヲ取消スコトヲ得可キモノ
トシタリ他國ノ立法例ニ於テハ或法律行為ニ限リテ夫婦間ニ之ヲ爲スコトヲ
禁スルモノアリ例ヘハ佛國民法第九十六條第九百九十五條ニ於テハ夫婦
間ニ於テ爲シタル贈與及ヒ賣買ハ之ヲ禁セリ又賣買ヲ許スモ贈與ハ禁スルモ
ノアリ或ハ二者共ニ禁スルモノハ非サルモ之カ取消ヲ許スモノアリ本法ハ賣買
贈與其他總テ契約ハ有價タルト無價タルトヲ問ハス又其目的物ノ金錢タルト
金錢以外ノ物タルトヲ問ハス原則トシテ之ヲ爲スコトヲ許スモ婚姻中ハ一方

ノ意思ヲ以テ之カ取消ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ
右契約ノ取消ハ婚姻中ニ在リテノミ之ヲ許ス可キモ婚姻ノ解消又ハ取消後ニ
在リテハ當然有效ノモノト爲リ最早取消スコトヲ得サルナリ
又右契約ノ取消ハ夫婦ノ間ニ於テノミ之ヲ許スト雖モ之カ爲メニ第三者ニ効
力ヲ及ホシ其權利ヲ害スルコトハ許ス可キニ非サレハ但書ノ規定ヲ設ケタリ
故ニ例ヘハ妻カ所有セシ不動産ヲ夫ニ賣渡シ夫ハ之ヲ第三者ニ賣渡シタリト
センカ妻ハ婚姻中ニ爲シタル右ノ賣買ヲ取消スコトヲ得可シト雖モ既ニ第三
者ニ帳轉シタル不動産ヲ取戻スコトヲ得サルナリ

第三節 夫婦財産制

舊民法ハ夫婦ノ財産關係ノ規定ヲ夫婦財産契約ト稱セシモ本法ハ之ヲ改メテ
夫婦財産制ト稱セリ蓋シ夫婦財産契約ト稱スルトキハ重ニ夫婦カ其婚姻ヲ爲
スニ當リテ任意ニ爲シタル契約ヲ指稱スレトモ今本節ニ規定スル所ハ多クハ
法律ノ定メタル財産制ニシテ當事者ノ契約ヲ以テ定ムルコトニ關スル規定甚

右訴訟條件ノ欠缺アル多クノ場合ニ於テハ法律ハ特ニ被告ノ爲メニ一種特別
ノ抗辯ヲ許シ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得セシム是ヲ抗訴ノ抗辯ト云フ(第二〇
六條)

第一款 抗訴ノ抗辯

抗訴ノ抗辯ハ右ニ言ヘル如ク原告ノ請求ノ本體即チ實體權ニ付テ爲ス抗辯ニ
非スシテ訴訟條件ノ欠缺ヲ理由トシ訴ヲ不適法ナリトシ應訴ヲ拒ム爲メニ被
告ニ於テ提出スル抗辯ナリ而シテ抗訴ノ抗辯ニ左ノ七種アリ

第一 無訴權ノ抗辯

無訴權ノ抗辯トハ唯文字上ヨリ解釋セハ頗ル漠然トシテ凡テ原告ニ訴權ノナ
キトキ提出シ得ヘキ抗辯ヲ意味スルモノノ如シ然レトモ實體上訴權ナキコト
ヲ抗辯ト爲スハ即チ請求ノ實體ニ付テノ抗辯ニシテ所謂本案ノ抗辯ナルカ故
ニ茲ニ所謂無訴權ノ抗辯ニ非ス無訴權ノ抗辯トハ通常裁判所ノ管轄ニ屬セテ
ル事件ヲ提起シタル場合ニ於テ爲ス所ノ抗辯ナリ例ヘハ行政訴訟ノ如キハ特

別ノ裁判所ナル行政裁判所ニ於テ取扱フヘキモノニシテ通常ノ司法裁判所ハ之ヲ裁判スルノ權利義務ナシ故ニ原告カ此ノ如キ訴ヲ通常裁判所ニ提起シタルトキハ其裁判所ハ請求ノ當否ヲ判斷スルニ及ハス又判斷スルコトヲ得ス隨テ直チニ訴ヲ却下スヘキモノナリ是レ此場合ニ於テ被告ニ妨訴ノ抗辯ヲ許ス所以ナリ

第二 管轄違ノ抗辯

此抗辯ハ訴訟ノ性質カ司法裁判所ノ取扱フヘキ事件ナルモ原告ノ訴ヲ起シタル所ノ裁判所カ訴訟ノ事物ニ付キ又ハ土地ノ區域ニ關シ管轄權ヲ有セサル場合ニ於テ提出スヘキ妨訴ノ抗辯ナリ故ニ原告カ土地又ハ事物ノ管轄權ヲ有セサル裁判所ニ起訴シタルトキハ管轄ニ付テ合意ヲ許ス場合ニシテ且ツ其合意アルトキノ外ハ被告ハ本案ノ辯論ニ立入ラスシテ此抗辯ヲ提出シ原告ノ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得又或訴訟ニ付テ當事者カ特ニ合意ヲ以テ管轄裁判所ヲ定メタル場合ニ原告カ其合意ニ背キ他ノ裁判所ニ訴ヲ起シタルトキハ被告ハ同シク管轄違ノ抗辯ヲ提出シテ應訴ヲ拒ムコトヲ得ヘシ

第三 權利拘束ノ抗辯

前既ニ權利拘束ノ説明ニ際シ述ヘタル如ク本訴又ハ反訴ノ原告ノ請求カ既ニ他ノ訴訟ニ於テ權利拘束ト爲リタルトキハ被告ハ此抗辯ヲ提出シ本案ニ付テハ既ニ訴アルカ故ニ更ニ答辯ノ義務ナキモノトシテ原告ノ訴ノ却下ヲ求ムルコトヲ得ルナリ

第四 訴訟能力ノ欠缺又ハ法律上代理ノ欠缺ノ抗辯

訴訟能力ハ訴權ヲ行使スルノ能力即チ第四十三條ニ所謂原告若クハ被告カ自ラ訴訟ヲ爲シ又ハ訴訟代理人ヲシテ訴訟ヲ爲サシムル能力ナリ故ニ此能力ハ當事者タル能力ト異ナルモノニシテ當事者タル能力ナキ者ハ固ヨリ訴訟能力ヲ有スヘキ理ナシト雖モ當事者タル能力ヲ有スル者ハ必スシモ訴訟能力ヲ有スル者ニ非ス即チ民法上ノ無能力者ノ如キ固ヨリ權利義務ノ主體タルコトヲ得ルカ故ニ當事者タルノ能力ハ之ヲ有スレトモ自ラ訴訟ヲ爲スカ又ハ適當ノ代理人ヲ選定シテ訴訟ヲ爲サシムルノ能力ナシ此等ノ者ノ權利義務ニ付テ訴訟ヲ爲スニハ必ス法律上代理人ニ依リテ爲ササルヘカラス又法律上代理ノ欠缺

トハ右無能力者又ハ法人ノ代表者ナリトシテ訴訟ヲ爲ス者カ實際法律上ノ代理權ナキ場合ヲ云フ右訴訟能力ナキ者又ハ法律上ノ代理權ナキ者カ訴ヲ起シタル場合ニ於テハ被告ハ其欠缺ニ基キテ抗辯ヲ提出シ應訴ヲ拒ムコトヲ得但シ訴訟代理權ノ欠缺ノ場合ハ之ト異ニシテ訴訟委任ノ欠缺ノ結果ハ總則第七十條ニ規定スル如ク其當事者ノ爲メ訴訟代理人ナキモノト看做スニ在リ故ニ場合ニ依リテハ其當事者ハ關席判決ヲ受クルコトアルヘシ然レトモ被告ハ原告ノ訴訟代理人ト稱シテ出頭シタル者カ實際訴訟委任ヲ受ケサリシトノ理由ニ基キ抗辯ノ抗辯ヲ爲スコト能ハス

第五 訴訟費用保證ノ欠缺ノ抗辯

此抗辯ハ原告又ハ原告ノ從參加人カ外國人ナルトキ被告ノ請求ニ依リテ總則第八十八條ニ從ヒ保證ヲ立ツヘキ場合ニ其外國人カ保證ヲ立テサルトキニ於テ被告カ應訴ヲ拒ム爲メニ提出スルコトヲ得ル抗辯ナリ

第六 再訴ニ付キ前訴訟費用未済ノ抗辯

此抗辯ハ既ニ訴ノ取下ヲ說キシ場合ニ述ヘタル如ク原告カ一旦取下ケタル訴

訟ヲ再ヒ提起シタル場合ニ未タ前ノ訴ノ費用ノ辨濟ヲ爲サザリシトキ被告ハ之ヲ抗辯トシテ應訴ヲ拒ムコトヲ得ルナリ(第一九八條末項)

茲ニ一疑問アリ即チ原告カ判決ニ依リ訴ヲ不適法トシテ却下セラレタル後再ヒ其訴ヲ起シタルニ未タ前訴訟費用ヲ辨濟セサルトキハ被告ハ右ニ述ヘタル抗辯ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ蓋シ抗辯ノ抗辯ナルモノハ普通通ノ抗辯ト異ナリ法律カ特別ナル效力ヲ付シタルモノニシテ今前訴訟費用ヲ原告カ辨濟セサルカ爲メ被告ニ應訴ヲ拒ムコトヲ許シタルハ唯第九十八條ノ規定スル前訴ノ取下ヲ爲シタル場合アルノミ斯ル規定ハ之ヲ類推擴張スルコト能ハサルハ言ヲ俟タス加之原告カ自ラ好ミテ訴ヲ取下ケタル後再ヒ之ヲ提起スルト裁判所ノ判決ヲ以テ訴ヲ却下セラレタル後再ヒ之ヲ提起スルトハ其間ニ大ナル事情ノ差異アリ故ニ別段ノ規定ナクシテ此ニの場合ヲ同一視スルハ固ヨリ不當ナリ是ヲ以テ後ノ場合ニ於テハ前訴訟費用未済ノ抗辯ヲ爲セ得サルモノト論定スルヲ相當トス但シ第九十條ノ規定ニ從ヒ判決ヲ以テ訴ヲ取下ケタリト宣言シ又ハ第九十八條ノ規定ニ依リ訴ヲ取下ケタルモノト看做ス

ヘキ場合ニ原告カ再ヒ同一ノ訴ヲ起シタルトキハ被告ニ於テ前訴訟費用未済ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ルハ疑ヲ容ルヘカラス

第七 延期ノ抗辯

延期ノ抗辯ハ第六十二條ノ規定ニ從ヒテ爲スコトヲ得即チ第三者ノ名ヲ以テ物ヲ占有スル者カ其物ヲ占有スルノ故ヲ以テ訴ヲ受ケタルトキハ本案ノ辯論前ニ其物ノ本主タル第三者ヲ指名シテ訴訟ニ參加セシメ陳述ヲ爲サシムル爲メニ其呼出ヲ求ムルコトヲ得此場合ニ被告ハ延期ノ抗辯ヲ提出シテ右第三者カ陳述ヲ爲スカ又ハ陳述ヲ爲スヘキ時期マテ本案ノ辯論ヲ拒ムコトヲ得ルモノトス

茲ニ疑問トシテ論スヘキハ民法ノ規定ニ於テ所謂延期ノ抗辯ナルモノアリヤ否ヤ是ナリ舊民法ハ債權擔保編第二十四條ニ保證人ハ檢索ノ利益ヲ用非タルト否ト分別ノ利益ヲ享クルト否トヲ問ハス訴追ヲ受ケタルトキハ第二十九條ニ明示シタル目的ヲ以テ債務者ヲ訴訟ニ參加セシムル爲メ基本ニ付テノ答辯前ニ民事訴訟法ニ定メタル方式及ヒ條件ニ從ヒ延期抗辯ヲ以テ債權者ニ對抗ス

ルコトヲ得ト規定シテ明カニ保證人ニ延期ノ抗辯權ヲ付與セタリ然ルニ新民法ニ於テハ全ク此規定ヲ刪除シ延期ノ抗辯ヲ許スノ規定ナク唯第四百五十二條ニ債權者カ保證人ニ債務ノ履行ヲ請求シタルトキハ保證人ハ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキ旨ヲ請求スルコトヲ得ト規定シ向キ次條ニ「債權者カ前條ノ規定ニ從ヒ主タル債務者ニ催告ヲ爲シタル後ト雖モ保證人カ主タル債務者ニ辨濟ノ責力アリヲ且ツ執行ノ容易ナルコトヲ證明シタルトキハ債權者ハ先ツ主タル債務者ノ財産ニ付キ執行ヲ爲スコトヲ要スト規定シ保證人ニ所謂檢索ノ利益ヲ用フルコトヲ許セリ故ニ例ヘハ原告カ主タル債務者ニ催告ヲ爲サスシテ直チニ保證人ニ對シ債務ノ辨濟ヲ求ムル訴ヲ起シタル場合ニハ被告タル保證人ハ原告タル債權者ニ對シ先ツ主タル債務者ニ催告ヲ爲スヘキコトヲ請求シ以テ辨濟ヲ拒ムコトヲ得ヘシ其結果此場合ニ於ケル債權者ノ請求ハ不當ナリトシテ棄却セラルヘキモノナリ換言セハ債權者ハ先ツ主タル債務者ニ催告シテ其效ナカリシ場合ニ非サレハ保證人ニ對シテ辨濟ヲ求ムルコト能ハサルモノト謂ハサルヘカラス然ラハ此保證人ノ抗辯ハ之ヲ訴訟法ニ所謂延

期ノ抗辯ト謂フヘキモノナルヤ否ヤ蓋シ延期ノ抗辯ハ他ノ抗辯ト異ナリ之ニ因リテ直ニ訴ノ却下ヲ求ムルコト能ハス單ニ或時期ニ至ルマテ本案ノ辯論ヲ延期セシムルノ效力アルニ過キス而シテ保證人カ右ニ述ヘタル抗辯ヲ爲スハ單ニ辯論ノ延期ヲ求ムルニ非スシテ債權者ノ請求ヲ不當ナリトシテ棄却ヲ求ムルモノナリ唯此抗辯ノ後主タル債務者ニ對シテ債權者カ催告ヲ爲シタルモ其效ナキトキハ保證人ハ再ヒ辨濟ノ請求ヲ受タルコトアルヘケレトモ前ノ訴ハ一旦棄却セラルヘキモノニシテ恰モ債務者カ期限附又ハ條件附債務ニ關シ其期限ノ到來セサルコト又ハ條件ノ成就セサルコトヲ抗辯トセシ場合ト同一ナリ故ニ之ヲ延期ノ抗辯ナリト云フハ其當ヲ得ス右ノ場合ニ保證人カ主タル債務者ヲ訴訟ニ參加セシムル爲メ延期ノ抗辯ヲ爲スコトヲ得ニハ別ニ其旨ノ規定ナカルヘカラス又保證人カ債權者ヨリ保證債務ノ辨濟ノ請求ヲ受ケタル際前掲民法第四百五十三條ニ從ヒ有效ニ財産檢索ノ利益ヲ行ヒタルトキモ同様ナリ何トナレハ保證人カ此權利ヲ行ヒタルトキハ債權者ノ保證人ニ對スル請求ハ不當ニ歸シ債權者ハ更ニ主タル債務者ノ財産ニ對シテ執行ヲ爲サ

サルヘカラサレハナリ隨テ保證人カ檢索ノ利益ヲ行フモ亦之ヲ延期ノ抗辯ト謂フコト能ハス結局民法ノ規定上ニ於テハ所謂延期ノ抗辯ナレモノナシト斷言スルコトヲ得ヘシト信ス

抗辯ノ抗辯ハ以上述ヘタル七箇ノ場合ニ限リ爲スコトヲ得ヘタ他ニ之ニ類スルモノアルモ是ヲ以テ抗辯ノ抗辯ト爲スコト能ハス何トナレハ民事訴訟法ハ特ニ此抗辯ニ或條件及ヒ效果ヲ附シテ之ヲ第二百六條ニ列舉セタルヲ以テ此規定ハ即チ制限の規定ナリト解セサルヘカラサルヲ以テナリ故ニ例ヘハ或係爭法律關係ニ付キ當事者カ仲裁契約ヲ爲シテ其爭ヲ仲裁人ノ判斷ニ依リテ完結セントスル合意ヲ爲シタルニ拘ラス其一方カ原告トシテ其係爭關係ニ付キ訴ヲ提起シタルトキハ勿論被告ハ右ノ事實ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ヘシ而シテ此抗辯ハ一面ヨリ之ヲ觀察スレハ恰モ管轄違ノ抗辯ナルカ如シ何トナレハ當事者カ合意ヲ以テ其爭ノ判斷ヲ裁判所ノ管轄ニ屬セシメス仲裁人ノ判斷ニ委ネタルモノナリ即チ仲裁契約ニ因リテ裁判所ノ管轄權ヲ失ハシメタルモノナルニ尙ホ其爭ヲ裁判所ニ提出シタルハ管轄違ノ訴ナリト謂フコトヲ得ルモ

ノ如ケレハナリ然レトモ是レ民事訴訟法ニ所謂管轄違ノ抗辯ニ非ス
管轄違ノ抗辯ハ裁判所ノ事物及ヒ土地ノ管轄ニ關スル規定又ハ別ニ管轄裁判
所ヲ定メタル當事者ノ合意ニ依レハ原告ノ訴ヲ起シタル裁判所ハ管轄權ヲ有
セスシテ其他ノ裁判所カ管轄權ヲ有スル場合ニ於テ爲スヘキモノナリ尙ホ換
言スレハ訴カ原告ノ起訴シタル以外ノ裁判所ノ管轄ニ屬スルコトヲ主張スル
ノ抗辯ナリ之ニ反シテ仲裁契約ヲ爲シタリトノ抗辯ハ其事件ニ付テハ絶體的
ニ裁判所ニ訴ヘテ判決ヲ受クルコト能ハサル旨ヲ主張スルモノナリ故ニ被告
カ其抗辯ヲ爲シタル場合ニ於テハ原告ノ訴ヘタル裁判所カ事物及ヒ土地ノ上
ニ於テ管轄權アリヤ否キヲ問フノ必要ナシ又被告モ其有無ヲ爭フモノニ非ス
要スルニ裁判所ノ管轄トハ裁判所相互ノ職務上ノ限界ニ付テ云フモノニシテ
仲裁判斷ハ私人ノ裁判ニシテ裁判所ノ判決ト異ナルコト明カナレハ仲裁人ト
裁判所トノ間ニハ職務ノ限界ナルモノナシ果シテ然ラハ仲裁契約ノ抗辯ハ決
シテ之ヲ管轄違ノ抗辯ト云フコト能ハス然ラハ此抗辯ハ他ノ一面ヨリ論シテ
無訴權ノ抗辯ナリト稱スルヲ得ヘキカ是レ亦消極ノ解說ヲ可トス何トナレハ、

タハ第一審ニ於テ當事者カ證據申出ヲ爲シタルモ裁判所カ證據調ヲ爲サザリ
シ證據方法ヲ謂フモノニシテ此等ノ證據方法ハ亦第二審ニ於テ提出スルコト
ヲ得ヘシ

新ナル請求ニ付テ尙ホ説明ヲ要スルハ控訴審ニ於テハ先決問題ノ申立第二一
一條ハ之ヲ爲スコトヲ得ス又訴ノ申立ヲ擴張スルコト若クハ最初求メタル物
ノ減盡又ハ變更ニ因リ損害賠償ヲ求ムルコト(第一九六條第二號第三號)ハ之ヲ
爲スコトヲ得ヘシ此等ハ訴ノ變更ト稱スヘキモノニアラサレハナリ

(九) 訴ノ變更ハ控訴審ニ於テハ當事者ノ承諾アル場合ト雖モ之ヲ許サス茲ニ
訴ノ變更ト云フハ訴ノ原因ノ變更及ヒ訴ノ申立ノ變更ヲ謂フモノナリ若シ此
等ノ變更ヲ許ストキハ第一審ニ於テ審理セラレタル訴訟事件ヲ第二審ニ於テ
審理スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘク當事者ノ意思ニ因リ公益ノ爲メニ設ケラ
レタル審級ノ秩序ヲ紊リ一ノ訴訟事件ヲ直チニ第二審ニ於テ辯論及ヒ裁判ヲ
爲スノ結果ヲ生スルニ至レハナリ獨逸新民訴訟法ニ於テハ控訴審ニ於テモ
相手方ノ承諾アルトキハ訴ノ變更ヲ許スト規定シ理由書ニ依レハ當事者ノ合

意アル以上ハ變更ヲ許ササル必要ナシト説明セリ

(二〇) 當事者カ第一審ニ於テ事實又ハ證書ニ付キ爲サザリシ陳述又ハ拒ミタル陳述ハ第二審ニ於テ之ヲ追完スルコトヲ得ヘシ即チ第一百十一條ノ規定ニ從ヒ第一審ニ於テハ各當事者ハ相手方ノ主張シタル事實ニ對シ陳述ヲ爲スヘキモノニシテ若シ其陳述ヲ爲サザリシトキハ明カニ爭ハサル事實ハ各當事者ノ他ノ陳述ヨリ之ヲ爭ハントスルノ意思カ顯ハレサルトキハ自白シタルモノト看做サルルト雖モ控訴審ニ於テハ其結果ヲ排斥スルコトヲ得ルモノナリ(第四一七條)

(二一) 控訴裁判所ハ其口頭辯論ニ於テ先ツ控訴ヲ許スヘキヤ否ヤ即チ第一審ノ判決ニ對シ控訴ヲ爲シ得ヘキモノナルヤ否ヤヲ審査シ又控訴ノ申立カ法律上ノ方式ニ從ヒ適當ナルヤ否ヤ若クハ適法ノ期間内ニ於テ控訴ノ申立アリタルヤ否ヤヲ職權ヲ以テ調査シ若シ其要件ノ一ヲ缺クトキハ判決ヲ以テ控訴ヲ不適法トシテ棄却スヘキモノトス(第四一九條)控訴ノ申立カ法律上ノ方式ニ違ヒタルカ若クハ法定ノ期間開始以前ニ控訴申立アリタルコトヲ理由トシテ控

訴ヲ棄却セラレタルトキハ適法ノ方式ヲ以テ適法ノ期間内ニ再ヒ控訴ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘシ

(二二) 控訴裁判所ニ於テ第二百十條ノ規定ニ從ヒ防禦方法ヲ却下シ被告ニ敗訴ノ判決ヲ言渡ス場合ニ於テハ其防禦方法ヲ主張スルノ權ハ之ヲ被告ニ留保スヘキモノナリ其判決ニ留保ヲ掲ケラレサルトキハ第二百四十二條ノ規定ニ從ヒテ判決ノ補充ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ留保ヲ掲ケタル判決ハ中間判決ナレトモ上訴及ヒ強制執行ニ付テハ終局判決ト看做サルルヲ以テ此判決ニ對シ上告ヲ爲スコトヲ得ヘク又此判決ハ獨立シテ確定力ヲ發生スルモノナリ防禦方法ヲ判決ヲ以テ留保セラレタルトキハ左ノ效果ヲ生ス

(イ) 訴訟ハ留保セラレタル防禦方法ニ關シタノミ控訴審ニ繫屬ス故ニ控訴審ニ於ケル其後ノ手續ハ判決ニ於テ留保セラレタル防禦方法ニ關シテ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヘキモノナリ其辯論ニ於テハ原告ハ留保セラレタル防禦方法ニ對シテ新ニ攻撃方法ヲ提出スルコトヲ得ヘク被告モ亦新ナル防禦方法ヲ提出スルコトヲ得ヘシ

(ロ) 留保ヲ掲ケタル判決ヲ確定シタル後始メテ其訴訟ハ控訴審ニ繫屬スルモノナリ故ニ防禦方法ヲ掲ケタル判決ヲ確定シタルトキハ原告ハ其判決ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ控訴審ニ於ケル訴訟手續ハ強制執行ノ有無ニ關セス進行スヘキモノトス

(ハ) 防禦方法ニ關スル辯論ニ於テ訴ヲ以テ主張シタル請求ノ理由ナカリシコトノ顯ハレタルトキハ控訴裁判所ハ前判決即チ前ニ留保ヲ掲ケタル判決ヲ廢棄シテ其訴ヲ棄却シ又申立ニ因リ判決ニ基キ支拂ヒタルモノ又ハ給付シタルモノヲ返還スヘキコトヲ言渡シ茲ニ訴訟費用ニ付テハ前手續ノ費用ヲモ併セテ裁判ヲ爲スヘキモノトス(第四二七條)

(三) 控訴裁判所ニ於ケル判決書ハ一般ノ規定ニ從ヒ之ヲ作成ス但シ判決中ノ事實ノ摘示ニ付テハ第一審判決ノ事實上ノ摘示ヲ引用スルコトヲ得即チ控訴審ニ於テ當事者ノ陳述シタル事實力第一審判決ニ摘示セラレタルモノト同一ナルトキニ限リ其部分ヲ引用スルコトヲ得ルナリ(第四三〇條)

(四) 控訴裁判所ニ於ケル懈怠訴訟手續ニ付テハ第一審手續ノ規定ヲ準用ス

即チ如何ナル場合ニ懈怠アリヤ否ヤ又其結果ヲ除却スル爲メ故障ヲ申立ツルコトヲ得ル等ノ如キハ總テ第一審ノ手續ト同一ナリ然レトモ第一審ニ於テハ訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スヲ目的トスルモノナレトモ控訴裁判所ニ於テハ第一審判決ノ變更ヲ申立ツル控訴ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲スモノナレハ隨テ其手續ニモ差異ヲ生ス

(イ) 控訴人ノ闕席セル場合 控訴人口頭辯論期日ニ出頭セサルトキハ出頭シタル被控訴人ノ申立ニ因リ闕席判決ヲ爲ス但シ控訴裁判所ハ職權ヲ以テ控訴ノ適法ナルヤ否ヤヲ審査シ若シ控訴不適法ナルトキハ控訴棄却ノ判決ヲ爲ス此判決ハ懈怠ノ結果ニ基キタ爲スモノニアラサレハ闕席判決ニアラスシテ對席判決ナリ職權上調査スヘキ訴訟條件ノ欠缺ヲ理由トシテ訴ノ却下ヲ言渡ス場合モ亦同シ訴訟條件ニ欠缺ナク又控訴適法ト認メラレタルトキハ控訴裁判所ハ闕席判決ヲ以テ控訴棄却ノ言渡ヲ爲スヘキモノトス第四二八條口頭辯論期日ニ當事者雙方出頭セサルトキハ訴訟手續ヲ休止ス被控訴人出頭シテ闕席判決ノ申立ヲ爲ササルトキ亦同シ

(ロ) 被控訴人闕席セル場合 此場合ニ於テハ控訴人ノ申立ニ因リテ闕席判決ヲ爲ス控訴裁判所ハ職權ヲ以テ訴訟條件ノ欠缺ナキヤ否ヤヲ調査シ且ツ控訴ノ適法ナリヤ否ヤヲモ審查シ控訴不適法ナルトキハ控訴棄却ノ對席判決ヲ爲ス此判決モ亦被控訴人ノ懈怠ヲ理由トスルモノニアラザレハ闕席判決ニアラス控訴條件欠缺ナキトキハ控訴ノ實質ニ付キ審查スヘキモノナリ第一審ノ懈怠手續ノ原則ニ依レハ原告ノ事實上ノ供述ハ被告ノ自白シタルモノト看做ササルト雖モ控訴審ニ於テハ控訴人ノ事實上ノ供述ハ一ノ制限ノ下ニ於テ被控訴人ノ自白シタルモノト看做サル即チ控訴審ニ於テハ第一審及ヒ控訴審ニ於テ顯ハレタル訴訟ノ材料ニ基キテ裁判スヘキモノナレハ第一審裁判ノ憑據ト爲リタルモノニ牴觸セサル控訴人ノ事實上ノ供述ハ被控訴人之自白シタルモノト看做サレ之ニ反スルモノハ自白ノ認定ヲ受クルコトナシ第一審裁判ノ憑據ト爲リタルトハ第一審裁判ノ材料ト爲リタル事實上ノ供述ヲ謂フ即チ第一審ニ於テ當事者間ニ爭ト爲リタル事實又ハ爭ナキ事實若クハ自白シタル事實證明セラレタル事實等ヲ謂フモノニシテ第一審裁判所カ認定シタル事實ヲ

謂フモノニアラス認定ノ材料ト爲リタル事實ヲ謂フモノナリ此等ノ事實ニ牴觸セル控訴人ノ供述ハ被控訴人ノ自白シタルモノト看做スコトヲ得スト雖モ其牴觸セル事實ノ供述ニ付テハ控訴人ハ證據調ノ申立ヲ爲スコトヲ得ヘク若シ其申立適法ナルトキハ其證據調ハ既ニ之ヲ爲シ且ツ其結果ヲ得タルモノト看做シ闕席判決ヲ爲ス其他第一審裁判ノ材料ト爲ラザリシ事實即チ控訴審ニ於テ新ニ主張シタル事實ハ適當ノ時期ニ被控訴人ニ對シ書面ヲ以テ通知シタルモノナルトキハ被控訴人ノ自白シタルモノト看做ス(第四二九條第四百二十九條)第一審裁判所ノ事實上ノ確定ヲ補充シ若クハ辯駁スル爲メトアルハ第一審裁判ノ憑據ト爲リタルモノニ牴觸セル場合ヲ意味セルモノナリ故ニ被控訴人闕席ノ場合ニ於ケル闕席判決ニ於テハ自白ノ法則ハ制限セラルト雖モ其結果ハ自白セラレタルモノト同一ナリトス

(二五) 控訴審ニ於テ終局判決アリタルトキ 控訴裁判所ノ書記ハ其訴訟記録ニ認證シタル控訴審ノ判決原本ヲ添ヘ第一審裁判所ニ返還ス(第四三一條第二項)

第二章 上 告

上告トハ第二審ノ終局判決ニ對スル不服申立ノ方法ニシテ訴訟事件ニ關シ法律適用ノ當否ヲ審查スルヲ目的トス第二審ノ終局判決ニ對スルモノナルヲ以テ上告裁判所ハ第二審裁判所カ從屬の關係ヲ有スル上級裁判所ナリ即チ控訴院ノ終局判決ニ對シテハ大審院、地方裁判所カ第二審トシテ爲シタル判決ニ對シテハ之ヲ管轄スル控訴院ヲ以テ上告裁判所トス

第一節 上告申立ノ要件

上告ハ地方裁判所又ハ控訴院ノ第二審ニ於テ爲シタル終局判決ニ對シ第二審ニ於ケル訴訟當事者ヨリ之ヲ申立ツルコトヲ得故ニ客觀的條件トシテハ第二審ノ終局判決ニ對スルコトヲ要シ主觀的條件トシテ當事者ヨリ申立アルコトヲ要ス尙ホ上告ハ法律上ノ判斷ニ限ラルヲ以テ法律ニ違背シタルコトヲ理由トスルコトヲ必要トス

リ(法文ニ區別ナシ)債權者カ通知ヲ爲シタル場合ニハ執行機關ニ其旨ヲ證明セサルヘカラス是ヲ以テ法律ハ通知ヲ受ケタル上班司令官廳ニ債權者ノ求ニ因リ通知ノ受取證ヲ付與スヘキコトヲ命シタリ軍人軍屬並ニ上班司令官廳ノ意義ハ陸海軍刑法治罪法等ニ付キ研究セラルヘシ(第五三〇條)獨逸民事訴訟法第六七三條)

(b) 判決其他ノ債務名義ヲ已ニ送達シ又ハ同時ニ送達シタルコト 強制執行ハ假差押命令及ヒ假處分命令ノ執行ヲ除ク外第七四九條第七五六條執行スヘキ判決其他ノ債務名義カ其執行前ニ已ニ送達セラレタルカ又ハ其執行ト同時ニ送達セラレタルトキニ非スハ開始スルコトヲ得ス是レ債務者ニ執行スヘキ債務名義ノ内容及ヒ其存在ヲ認識セシメスシテ強制執行ヲ爲スコトヲ許サザルノ本意ナリ送達ハ民事訴訟法第三百三十七條第二百三十八條ノ規定ニ從テ爲スヲ以テ足レリトシ執行力アル正本ヲ送達スヘキニ非ス何トナレハ道ハ民事訴訟法第五百三十三條ニ從ヒ債務者カ其義務ノ完済シタル場合ニ於テ債務者ニ交付スヘキモノナレハナリ債務名義ノ送達ハ債務者ニ完全ナル債務名義ノ

存在ヲ認識セシムルニ在リ故ニ送達カ債務者ノ申立ニ因リ爲サレタルト又ハ判決確定ノ爲メニスルモノナルト否トヲ問ハサルナリ是レ法律カ送達ノミヲ以テ足レリトシ送達ヲ申立ラタル者ノ區別ヲ問ハス又強制執行ノ爲メニスル特別ノ送達ヲ必要トセサル所以ナリ(上告審ノ對席判決ノ執行ニ關シテハ特ニ執行ノ爲メニスル送達アリ)判決其他ノ債務名義ヲ已ニ送達シタルトキトハ強制執行以前ニ送達ヲ爲シタルノ謂ニシテ同時ニ送達シタルトキトハ強制執行開始ノ際ニ送達ヲ爲スノ謂ナリ隨テ同時ノ送達ハ執行行為ヲ爲ス場所及ヒ其時ニ於テ行ハルモノト謂フヲ得ヘシ是ヲ以テ執行機關カ執達吏ニ非スシテ裁判所ナルトキハ送達ヲ施行スルノ職權ナキヲ以テ同時送達ノ場合ナカレハク債權者ハ常ニ已ニ送達カ爲サレタルコトヲ立證セサルヘカラス送達カ一旦有效ニ爲サレタルトキハ強制執行開始前ニ爲シレタルモノナルト其開始ト同時ニ爲サレタルトニ拘ラス同一債務名義ニ基キ強制執行ヲ實施スルニ付キ又當事者間互ニ執行ヲ爲スニ付キ更ラニ送達ヲ爲スノ要ナシ何トナレハ債務者ハ送達ニ依リテ已ニ完全ナル債務名義ノ存スルコトヲ知リタレハナリ第五二

八條第一項後段第五六〇條第一四二條債務名義カ適法ニ送達セラレタルヤ否ヤハ債權者ヨリ助力ヲ求メラレタル執行機關カ獨立的ニ調査セサルヘカラス故ニ上訴審カ上訴ノ提起ニ因リ送達ヲ無効ト認メ上訴ヲ棄却シタル判決ニ於ケル理由ニ拘束セラレルコトナク又上訴審ニ於テ適法ト認メタル送達ヲ無効ト認ムルコトヲ得ヘシ唯當事者ハ民事訴訟法第五百四十四條ノ規定ニ則リ執行機關ニ對シ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘキノミ

債務名義ノ送達ナクシテ開始セラレタル強制執行ハ不適法ニシテ法理上何等ノ效力ヲ發生セス故ニ債務者ハ勿論差押物ニ付キ爾後權利ヲ取得シタル第三者ハ該無効殊ニ差押權ノ不成立ヲ主張スルコトヲ得ヘシ隨テ債務名義ノ爾後送達ハ已往ニ遡リテ已ニ開始セラレタル強制執行ヲ有效ト爲サス何トナレハ債務名義ノ送達ノ必要ナルコトハ執行機關ニ對スル訓示タルニ止マラサレハナリ然レトモ債務者カ債務名義ノ送達ナクシテ強制執行ヲ受クルコトノ意思表示即チ權利ノ放棄ハ有效ナリト謂ハサルヲ得ス何トナレハ債務名義ノ送達ハ債務者ノ利益保護ノ爲メニ必要ナルモノトシテ設ケラレタルニ外ナラサレハ

ナリ

(c) 執行文及ヒ證明書ノ謄本ノ送達ニ執行文ノ送達ハ強制執行開始ノ要件ニ非サルヲ原則トス然レトモ例外トシテ債務名義ノ執行力其旨趣即チ内容ニ從ヒテ民事訴訟法第五百十八條第二項ニ規定シタル事實ノ到來ニ繁リ或ハ執行ヲ民事訴訟法第五百十九條ニ規定シタル承繼人ノ爲メニ又ハ承繼人ニ對シテ爲ス場合ニ於テハ債務名義ノ外ニ尙ホ之ニ附記スル執行文ヲ強制執行開始以前ニ又ハ同時ニ送達セサルヘカラス(債務名義力已ニ送達セラレタルトキハ債務名義力已ニ送達シ又已ニ送達セラレタルトキハ執行文ノミヲ送達ス證明書ニ因リテ執行文ヲ付與シタルトキハ其證明書ノ謄本ヲ強制執行開始以前ニ又ハ同時ニ送達セサルヘカラス)第五二八條第三項第一四二條民事訴訟法第五百二十八條第二項ニ於テ執行文ニ限リ強制執行ヲ始ムル前ニ送達スルコトヲ要スルハ其理由ヲ知ルニ苦シム獨逸舊民事訴訟法第六百七十一條第二項同新民事訴訟法第七百五十條第二項ハ同時ノ送達ヲ認メタリ是レ債務者ヲシテ執行文付與ノ當否ヲ調査シ民事訴訟法第五百二十二條ニ基ク異議ヲ申立ツルノ機會

ヲ得セシムルカ爲メナリ判決執行力其旨趣ニ從ヒ債務者ノ保證ヲ立ツルコトニ繁ル場合ニ於テハ執行文送達ノ必要ナシ何トナレハ此場合ニ於テハ保證ヲ立ツルコトノ證明ナクシテ執行文ヲ付與スヘキモノナレハ執行文付與ノ送達ハ債務者ニ對シ何等ノ目的ナク又債務者ハ法律上當然無條件ニ執行文ノ付與アル旨ヲ知ルヘケレハナリ此要件ヲ缺キテ爲シタル強制執行ハ無効ナルコト前述ノ如シ

(d) 日時ノ到來又ハ保證ヲ立テタルコト 養料請求權ノ如キ請求ノ主張力或日時ノ到來ニ繁ルトキ又ハ債務名義ノ執行力債務者ノ保證ヲ立ツルコトニ繁ルトキハ日時ノ到來ノ有無又ハ保證ヲ立テタルコトノ有無ニ關スル調査ノ容易ナルノ故ヲ以テ法律ハ之ヲ執行機關ニ委任シタリ故ニ裁判所書記ハ日時ノ到來又ハ債權者ノ保證ヲ立ツル以前ニ執行文ヲ付與スルコトヲ得ヘテ執行機關ハ強制執行開始以前ニ此等ノ要件ノ存否ヲ調査セサルヘカラス日時ノ到來ハ曆ニ依リテ之ヲ知リ保證ヲ立テタルコトハ債務者ノ提出スル保證ヲ立ツルコトニ付テノ公正證明書即チ供託ヲ取扱フ官府ノ作成シタル證明書ニ基キ之ヲ

調査ス面シテ債務名義ノ執行力債權者ノ保證ヲ立ツルコトニ繫ルトキハ尙ホ前示證明書ノ謄本カ執行前ニ又ハ執行ト同時ニ債務者ニ送達セラレタルコトヲ要件トス第五二九條第五六〇條第七四九條第七五六條然レトモ債務名義カ假差押及ヒ假處分命令ナルトキハ執行以後ノ送達ヲ以テ足レリトス何トナレハ保證ヲ立ツタルコトノ公正證明書ノ謄本ノ送達ハ債務名義其モノノ送達ノ補充ニ外ナラサルヲ以テ後者ト同一ノ手續ニ於テ送達スルコトヲ得ヘケレハナリ第七四九條第七五六條此要件ニ反シテ開始セラレタル強制執行ハ無効ニシテ又債務者ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ從ヒ異議ヲ申立ツルコトヲ得ヘシ」

第二 承繼ノ場合ニ於ケル特別ノ前提要件 承繼トハ權利主體ノ變更ナリ從前ノ權利主體ノ地位ヲ他ノ權利主體カ占ムルトキハ茲ニ承繼ヲ生ス請求權ニ關シテハ唯リ權利ヲ有スル主體ノ變更ノミトラス義務ヲ負フ主體ノ變更ニ因リテ茲ニ承繼ヲ生ス總テノ權利ハ其主體ヲ悉ク變更スルコトヲ得ルモノニ非ス然レトモ財產權ハ其主體ヲ變更スルコトヲ得ルヲ原則トス而シテ包括財產トシテ財產權ヲ承繼スル者ヲ一般承繼人ト謂ヒ特定財產トシテ財產權ヲ承繼スル

者ヲ特定承繼人ト謂フ此意味ニ於ケル承繼カ訴訟手續ノ開始以後訴訟當事者ニ生シタルトキハ其債務名義タル執行力アル正本ニ因ルニ非スハ執行スルコトヲ得ス(第五一九條第一項獨逸民事訴訟法第六六五條第一項是レ判決ハ訴訟手續開始以後ニ發生シタル承繼人ノ爲メニ又ハ之ニ對シテ有效ナレトモ然レトモ判決又ハ之ニ附記スル執行文ニ氏名ヲ表示セラレタル者以外ノ人ノ爲メニ又ハ之ニ對シ執行スルコトヲ得サレハナリ(前述ノ説明參考權利拘束後判決ノ確定又ハ假執行宣言付言渡マテニ於テ當事者カ死亡シタルトキハ訴訟手續ノ中断ヲ來シ債務者ニ對スル強制執行ノ開始ナキニ似タリト雖モ(第一七八條第一八三條第二二六條然レトモ判決ヲ言渡スニハ必ス常ニ其言渡以前ニ當事者ノ承繼ノ有無ヲ調査セサルヘカラサルヲ以テ(第一八三條獨逸舊民事訴訟法第二二三條第二三六條判決ニ表示セラレタル債權者……債務者……ノ文意第五一九條カ判決以前ニ於ケル當事者ノ承繼ヲ包含セサルモノト斷言スルコト能ハス訴訟手續開始以後ニ生シタル當事者ノ承繼ナル以上ハ訴訟事件ノ繫屬中ニ又ハ其終局後ニ生シタルノ區別ヲ問フコトナク強制執行ノ爲メニ民事訴

訴訟第五百十九條第一項ニ規定シタル執行文ヲ必要トスト謂ハサルヲ得ス判決ヲ確定シタルモノナルト又假執行宣言付タルトノ區別ハ民事訴訟法第五百十九條ノ適用上何等ノ影響スル所ナシ何トナレハ假執行宣言付判決ノ強制執行ニ關シテ亦法律上反對ノ明文ナキ限りハ強制執行ノ規定ヲ適用スヘキモノナレハナリ民事訴訟法第五百十九條ハ訴訟ニ參與シタルモノニシテ判決ノ執行ヲ爲シ又ハ之ヲ受クル人ノ限界ヲ規定シタルニ過キス隨テ判決力當事者以外ノ人ニ對シ確定力ヲ有スルカノ問題ニ付キ何等ノ關係ナキモノト知ルヘシ

(A) 執行力アル正本付與ニ關スル特別條件

(1) 訴訟手續ノ繫屬中又ハ其終局以

後ハ強制執行開始以前ニ於テ承繼カ一般タルト特定タルトニ拘ラス債權者ニ發生シタルトキハ承繼人ノ求ニ依リ其氏名ヲ表示シタル執行力アル正本ヲ付與セサルヘカラス(第五一九條)債權者ノ承繼人(一)一般ノ承繼人ノ爲メニ判決ニ於テ言渡サレタル債權全部ニ付キ執行文ヲ付與スヘキヤ否ヤハ相續法ニ從ヒテ之ヲ定ム例ヘハ家督相續ニ於テハ通常判決ニ於テ言渡サレタル債權

全部ニ付キ遺產相續ニ於テハ其分割ニ依リテ分割セラレタル一部分ニ付キ承繼人ノ爲メニ執行文ヲ付與スルカ如シ轉付命令ニ依レル債權ノ轉付ハ(第六〇〇條第六〇一條)ハ一ノ承繼タリ故ニ差押債權者カ轉付命令ノ結果トシテ其債務者ノ有スル執行名義タル債權ニ付キ強制執行ヲ爲サント欲セハ承繼ノ爲メニスル執行文ヲ要ス指圖證券ノ裏書讓受人無記名證券ノ所持者ハ亦民事訴訟法第五百十九條第一項ニ所謂債權者ノ承繼人ナルヲ以テ同條ニ規定シタル執行文アルヲ要ス判決言渡以後債權者無能力者ト爲リ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルカ如キ法定代理人カ任設セラレタルトキハ之カ爲メニ債權者ノ承繼アリト謂フコト能ハサルヲ以テ民事訴訟法第五百十九條第一項ノ適用ナキヤ當然ナリ債權者カ破產宣告ヲ受ケタル場合ニ於テハ自ラ破產財團ニ屬スル財產權ノ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ス唯管理人ノ之ヲ爲スコトヲ得ルノミ(商法第九八五條然レトモ之カ爲メニ承繼ノ爲メニスル執行文ヲ必要トセスシテ破產シタル債權者ノ氏名ヲ表示シタル執行文ヲ以テ直ニ強制執行ヲ管財人ニ對シテ開始スルコトヲ得ヘシ何トナレハ管財人ハ破產者ノ形式的代表資格ヲ承繼シ

タルニ外ナラサレハナリ債權者ノ訴訟代理人ハ債權者カ死亡シ且ツ其承繼人アル場合ニ合テハ委任セラレタル債權者ノ爲メニ付與セラレタル執行文ニ基キ強制執行ヲ爲スコトヲ得ス何トナレハ民事訴訟法第六十九條ニ依リ委任消滅ヲ通知スルニ非スシハ相手方ニ對シテ效力ナキヲ以テ民事訴訟法第六十五條ニ依リ強制執行ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ民事訴訟法第五百十九條第一項ハ債權者カ承繼アル場合ニ承繼人ノ爲メニスル執行文ヲ必要ト爲スヲ以テナリ法人ニ付與シタル執行文ハ爾後其法人カ清算ノ法人ト爲リタルモ尙ホ其效力ヲ有ス何トナレハ之カ爲メニ債權者ノ承繼シタルモノ存セサレハナリ合名會社ニ新社員カ入社シタルモ之カ爲メ民事訴訟法第五百十九條第一項ノ適用ヲ受ケス何トナレハ之カ爲メニ從前ノ會社ノ地位ニ變更ヲ生セサレハナリ(2)債權者ノ承繼ニ關シテハ其一般ト特定トヲ區別シテ立論セサルヘカラスイ債權者ノ一般ノ承繼アラサルトキハ債權者ノ一般ノ承繼人ニ對スル執行文ヲ必要トス(第五一九條第一項)……債權者ノ一般ノ承繼人ニ對シ……而シテ判決ニ於テ認メラレタル債權ノ全部又ハ一部ニ付キ債權者ノ一般ノ承繼人ニ對スル執

行文ニ付與スヘキヤ否ヤノ問題ハ前述シタル處ノ法則ニ從ヒテ之ヲ定ム但シ強制執行カ債權者ノ一般承繼發生以前ニ開始セラレタルトキハ民事訴訟法第五百十九條第一項ノ規定ニ關係ナク之ヲ維持スルコトヲ得ヘシ(第五五〇條)獨逸舊民事訴訟法第六九三條然レトモ債權者カ執行力アル正本ヲ得タル後強制執行開始以前ニ債權者一般ノ承繼アリタルトキハ承繼人ニ對スル執行文アルニ非スシハ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ス判決以後債權者カ無能力者ト爲リ爲メニ法定代理人ノ任設アリタルカ如キハ債權者ノ一般ノ承繼ニ非サルヲ以テ債權者承繼人ニ對スル執行文ノ必要ナク債權者カ破産宣告ヲ受ケタルトキハ各破産債務者ノ爲メニ強制執行ノ開始ヲ許ササルヲ破産法ノ原則トス然レトモ別除請求權別雜請求權ノ如キ破産手續ニ關係ナクシテ行使スルコトヲ得ル權利ハ強制執行ハ管財人ニ對シテ起スコトヲ得商法第九八五條第三項此場合ニ於テ債權者ハ破産シタル債務者ノ氏名ヲ表示シタル執行文ヲ以テ直チニ強制執行ヲ管財人ニ對シテ開始スルコトヲ得民事訴訟法第五百十九條第一項ノ規定ニ依ルコトヲ要セス何トナレハ管財人ハ破産シタル債權者ヲ承繼シタル

モノニ非スシテ唯其形式的代表資格ヲ承繼シタルモノニ外ナラザレハナリ法人ニ對スル勝訴判決ヲ受ケタル債務者ハ該法人カ爾後解散シテ清算中ニ在リ又ハ其社員ニ變更アリタルノ故ヲ以テ強制執行ヲ爲スニ際シ民事訴訟法第五百十九條第一項ノ規定ニ依ルコトヲ要セス然レトモ社員ノ固有財産ニ對シ強制執行ヲ爲サント欲セハ特別ニ訴ヲ提起シ債務名義タル判決ヲ受ケサルヘカラス何トナレハ社員其モノハ法人ノ一般ノ承繼人ニ非サレハナリ債務者ノ營業ヲ讓受ケタル者ハ假令債務ヲ引受ケタルモ之カ爲メニ債務者ノ一般ノ承繼人ト爲ラス隨テ債權者ハ此讓受人ニ對シ強制執行ヲ爲サント欲セハ特別ニ訴ヲ提起シ債務名義タル判決ヲ受ケサルヘカラス(ロ)債務者ノ特定承繼アリタルトキハ其承繼人ニ對スル強制執行ノ爲メニスル執行文ヲ付與スルコトナシ何トナレハ強制執行ハ被承繼人ニ對シテ開始セラルヘキモノナレハナリ(特定承繼人ハ權利ヲ承繼シ義務ヲ承繼セス故ニ債權者カ此種ノ承繼人ニ對シ強制執行ヲ爲サント欲セハ先ツ訴ヲ提起セサルヘカラス特定物ノ引渡ヲ目的トスル請求權ノ目的物ヲ讓受ケタル特定承繼人ニ對シテハ獨逸民事訴訟法ニ於テ

ルカ如ク其讓受カ訴訟繫屬中又ハ其終局以後ニ行ハルル場合ニ限リ民事訴訟法第五百十九條第一項ノ執行文ヲ以テ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ルモノト爲スヲ立法上正當トス(3)承繼人ノ爲メニ又ハ之ニ對スル執行文ヲ付與スルニハ前提要件トシテ承繼力裁判所ニ於テ明白ナルカ(承繼ヲ認メタル確定判決ノ言渡アリタルカ如キ)又ハ公又ハ私ノ證明書ヲ以テ證明セラレ若クハ特別ニ提起シタル訴ニ基キ判決ニ依リ執行文ヲ付與スヘキコトノ言渡アルヲ要ス(イ)前者ノ場合ニ於テハ前述シタル場合ト同シタ裁判所書記ハ裁判長ノ命令アルニ非スシテ執行文ヲ付與スルコトヲ得ス其手續ハ前述シタル所ト同一ナレハ茲ニ之ヲ省略ス而シテ承繼人カ明白ナルトキハ其旨ヲ執行文ニ記載セサルヘカラス(第五一九條第二項)獨逸舊民事訴訟法第六六五條是レ民事訴訟法第五百二十九條第二項ニ依レル執行文ノ送達ヲ以テ債務者ニ承繼ノ有無ヲ認識セシムルカ爲メナリ債務者カ主張シタル承繼ニ關スル單純ナル爭ハ執達更ヲシテ強制執行ヲ停止セシムルニ足ラス却テ執達更ハ執行文即チ強制執行命令ニ基キ債務者ノ爭ヲ排斥シ民事訴訟法第五百二十二條第五百五十條ニ規定シタル

裁判上ノ命令アルニ至ルマテ執行ヲ進行セサルヘカラス唯債務者ハ民事訴訟法第五百二十二條第五百四十五條及ヒ第五百四十六條ニ基キテ強制執行力ヲ攻撃スルコトヲ得ルノミ(第五二〇條獨逸舊民事訴訟法第六六六條(ロ)民事訴訟法第五百十九條ニ依リ必要ナル證明ヲ爲スコト能ハサル債權者即チ裁判所書記ヨリ執行文ノ付與申請ヲ却下セラレ又抗告ヲ爲シタルモ却下セラレタル債權者及ヒ執行當事者ノ承繼ヲ適當ニ證明スルコト能ハサル債權者ハ執行文ノ付與ヲ求ムル唯一ノ方法トシテ債務者又ハ其承繼人ニ對シ第一審ノ受訴裁判所ニ通常訴訟手續ニ因ル訴ヲ提起スルコトヲ得第五二一條獨逸舊民事訴訟法第六六七條其詳細ハ前述シタル所ト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス債務者又ハ其承繼人ノ執行文付與ニ對スル不服申立亦然リ第五二二條第五四六條)

(B)強制執行開始條件成就ノ證明 判決ニ表示シタル債務者ノ承繼人ノ爲メニ又之ニ表示シタル債務者ノ承繼人ニ對シ強制執行ヲ爲ストキハ判決ノ外ニ尙ホ之レニ附記スル執行文ヲ強制執行開始以前又ハ之ト同時ニ送達シ證明書ニ依リ執行文ヲ付與シタルトキハ亦其證書ノ原本ヲ強制執行開始以前又ハ同時

ニ送達スルコトヲ要ス(第五二八條獨逸舊民事訴訟法第六七一條其理由ハ前述シタル處ト同一ナルヲ以テ茲ニ之ヲ省略ス(A)及ヒ(B)ノ要件ニ關スル規定ハ判決以外ノ債務名義ニモ又準用セラル(第五六〇條以上ノ(A)及ヒ(B)ノ要件ヲ具備シタル後債權者カ債務者ノ一般ノ承繼人殊ニ相繼人ニ對シ強制執行ヲ開始スルトキハ唯リ相繼財產ノミナラス相繼人固有ノ財產モ亦強制執行ノ目的物ト爲ル何トナレハ這ハ相繼人ニ對スル強制執行ニシテ相繼財產ニ對スル強制執行ニ非サレハナリ是ヲ以テ限定承認ノ相繼ヲ爲シタル相繼人カ其利益ヲ主張セント欲セハ強制執行ニ際シ強制執行ニ對スル異議ノ訴ヲ提起セサルヘカラス(獨逸新民事訴訟法第七八一條第七八五條相繼人カ死亡シタル債務者ノ相繼ヲ承認セサルトキハ繼令民法第一千七條ノ期間中ト雖モ債權者ハ相繼財產即チ死亡シタル債務者ノ財產ニ對シ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ヘシ何トナレハ之カ爲メニ強制執行ノ開始ヲ妨クヘキノ由ナケレハナリ(獨逸新民事訴訟法第七七八條第二項此場合ニ於テ相繼財產ヲ管理スルニ適當ナル遺言執行者民法第一一四條)ナキニ於テハ債務者ノ請求ニ因リ裁判所ノ選任スヘキ相繼財

產ノ管理人ナカルヘカラス(民法第一〇五二條)而シテ此場合ニ於テハ法理上承繼ナルモノ存セサルカ故ニ死亡シタル債務者ノ氏名ノ表示アル執行文ニ依リ強制執行ヲ開始スルコトヲ得ヘシ強制執行ノ實施條件カ完全ニ具備シタルトキハ執行機關ハ債務者ノ爲メニ強制執行ヲ開始セサルヘカラス強制執行ノ開始トハ強制執行實行ノ端緒ヲ指示スルモノナリ故ニ執達吏カ執行機關タルトキハ有體動產ノ差押第五六六條第六〇三條有體動產ノ取上第七三〇條其他民事訴訟法第七百三十一條ニ規定シタル執達吏ノ行爲ニ依リ強制執行ヲ開始シ又執行裁判所カ執行機關タルトキハ該裁判所カ執行ヲ命シタルトキ強制執行ヲ開始シ此命令送達ニ依リテ開始セラルルモノニ非ス第五九八條第七三三條、第六四一條第七五〇條)

第四章 執行ノ異議

強制執行ハ債權者ニ法定手續ニ依リ債務名義ニ於テ確認セラレタル請求ノ實在の滿足ヲ得セシムルカ爲メニ通常債務者ノ財産上ニ行ハル(民事訴訟法第七

百三十六條)規定シタル強制執行ノ如キ財産上ノ滿足ヲ目的トセサルモノハ此限ニ在ラサルヘシ故ニ通常ト云フ)是ヲ以テ實施セラレタル強制執行力法定要件ヲ具ハスシテ付與セラレタル執行力アル正本ニ基ケルカ法定手續ニ適セサル所アルカ債務名義ニ於テ確認セラレタル請求權ノ消滅其他ノ原因ノ爲メニ許スヘカラサルカ強制執行ノ目的物タル財産ノ法律上強制執行ノ目的物タルコトヲ得サルカ爲メニ許スヘカラサルノ事情アルトキハ各利害關係人ハ(1)執行文付與ニ對スル異議(2)強制執行ノ方法ニ關スル異議(3)請求ニ關スル異議(4)執行ノ目的物ニ關スル異議ヲ主張シテ前示ノ強制執行ヲ排斥スルコトヲ得(1)ハ已ニ説明シタル所ナルヲ以テ唯左ニ(2)(3)及ヒ(4)ヲ畧述スヘシ

第一節 強制執行ノ方法ニ關スル異議

強制執行ノ方法ニ關スル異議トハ狹義ナル強制執行ノ方法ニ關シ又ハ執行ニ際シ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ關スル申立申請及ヒ異議反對辯明ナリ第五四四條第一項獨逸舊民事訴訟法第六八五條第一項狹義ナル強制執行ノ方法ニ關

スル申立及ヒ異議トハ債務者債權者及ヒ第三者カ執達吏又ハ執行裁判所第五
九四條第六一四條第六二五條ノ爲シタル各強制執行ノ方法ニ對シテ爲ス申請
及ヒ異議ナリ債務者カ強制執行ノ方法ニ關シテ爲ス申立及ヒ異議トハ債務者
カ民事訴訟法第五百二十八條第五百三十條ノ規定ニ依ラスシテ執行ヲ開始セ
ラレタルカ爲メニ判決主文並ニ判決ヲ附記シタル執行文ノ内容ニ適セサル執
行ヲ爲シタルカ爲メニ民事訴訟法第五百三十九條第五百六十四條ノ規定ニ反
スル執行ヲ爲シタルカ爲メニ差押フルコト能ハサル物ヲ差押ヘタルカ爲メニ
(第五七〇條第六一八條執行裁判所ノ管轄權ヲ有セサルカ爲メニ主張スル不服
申立等ニシテ債權者カ強制執行ノ方法ニ關シテ爲ス申立及ヒ異議トハ債權者
カ執行ノ遲延費用ノ不當計算等ヲ攻撃スルカ爲メニスル不服申立ニシテ第三
者カ強制執行ノ方法ニ關シテ爲ス申立及ヒ異議トハ第三者カ執行文ニ表示セ
ラレタルニモ拘ラス債務者トシテ取扱ハレタルカ爲メニ第三者カ自己ノ占有
ニ在ル財産ヲ差押ヘラレタルカ爲メニ第五六七條第三債務者カ執行裁判所ノ
管轄達ナルカ如キ理由ニ依リ自己ニ對シ實施セラレタル手續ノ不當ナルカ

爲メニ主張スル不服申立ナリ民事訴訟法第五百四十四條第一項ハ執行裁判所
ノ關與スル強制執行ノ方法ニ對シテモ亦適用セルカ故ニ各利害關係人ハ執行
裁判所ノ執行方法ニ對シ申立並ニ異議ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ民事訴訟法
第五百五十八條ニ規定シタル即時抗告ハ該申立及ヒ異議ニ付キ爲シタル執行
裁判所ノ裁判ニ對シテ爲スヘキモノナリ何トナレハ執行裁判所カ裁判ヲ爲ス
以前ニ於テハ未タ抗告ヲ以テ攻撃スルコトヲ得ヘキ裁判ナルモノナケレハ
ナリ

執行ニ際シ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ關スル申立及ヒ異議トハ強制執行ノ實
施タルト其停止タルト又其取消タルトヲ問ハス法令民事訴訟法執達吏職務細
則等ニ規定シタル手續ニ關スル申立申請及ヒ異議ヲ謂フ執達吏カ管轄權ヲ有
セサルコト執達吏カ強制執行ヲ遲延シタルコト等ノ爲メニ申立ツル不服申立
ノ如キ即チ是ナリ而シテ民事訴訟法第五百四十四條第二項ハ尙ホ該申立並ニ
異議ヲ例示セタリ執達吏ハ如何ナル場合ニ執行委任ヲ受クルコトヲ拒ミ若ク
ハ委任ニ從ヒ執行行爲ヲ實施スルコトヲ拒ムコトヲ得ルヤ否ヤハ裁判所構成

法第九十七條執達吏規則第八條執達吏職務細則第十七條、第四十二條等ノ規定ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス執達吏ノ裁判所ノ命令又ハ訴訟上救助ヲ得タル當事者ノ委任ノ場合ヲ除ク外豫メ手数料ヲ支拂フニ非スルハ執行委任ノ受任ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ又執達吏ノ計算ヤシ手数料獨逸舊民事訴訟法第六百八十五條ノ如ク費用ト解スヘシトハ執達吏手数料規則ニ基キ執達吏ノ領收スヘキモノノミナラス民事訴訟法第五百五十四條ニ規定シタル執行費用ヲモ包含スルモノト謂フヘシ

民事訴訟法第五百四十四條ハ受訴裁判所カ強制執行ヲ實施スル場合ニ於テ(第七三三條、第七三四條該裁判所ノ決定ニ關係ナカルヘシ何トナレハ受訴裁判所ノ強制執行ノ方法ニ對スル異議ハ受訴裁判所カ強制執行ノ方法ニ關スル決定前ニ法律上義務トシテ債務者ヲ審訊スルヲ以テ此際ニ供述スヘキモノナレハナリ(第七三五條左ニ強制執行ノ方法ニ關スル異議ノ要件效果裁判及ヒ不服申立方法ヲ畧述スヘシ

(一)要件 民事訴訟法第五百四十四條ハ強制執行ニ關係有スル者ヲシテ其手

續、繼續中自己ノ利益ノ侵害ニ付キ審訊及ヒ裁判ヲ求ムルヲ得セシムルヲ目的トス故ニ同條ニ規定スル異議ニハ二ノ要件アリ其第一執行力已ニ開始セラレ且ツ未タ終局セサルコトヲ要件トス蓋シ執行力未タ開始セラレサルニ於テハ又ハ執行手續カ已ニ終局シタルトキハ該申立及ヒ異議ヲ爲スノ實用ナケレハナリ其第二ハ執行裁判所ノ強制執行ノ方法ニ對スル異議ニ關シテハ當事者ノ審訊ナクシテ發セラレタル執行裁判所ノ命令アルコトヲ要ス蓋シ審訊シテ發シタルモノハ一ノ終局決定ナルヲ以テナリ(第五九七條第六二五條)

(二)效果 執行ノ方法ニ關スル異議ハ原則トシテ執行ヲ妨クモノニ非ス然レトモ例外トシテ執行裁判所カ裁判ヲ爲ス以前ニ民事訴訟法第五百二十二條ニ規定シタル命令ヲ發スルコトヲ得ルニ過キス而シテ此命令ハ民事訴訟法第五百條第五百十二條第五百四十七條第五百四十九條等ニ規定シタル場合ト異ナリ既ニ爲シタル執行處分ノ取消ヲ命スルノ内容ナシ

(三)裁判 執行裁判所ハ執行ノ方法ニ關スル異議ニ關シテ口頭辯論ヲ經スシテ決定ノ形式ヲ以テ之カ裁判ヲ爲ス故ニ異議並ニ申立ニ關スル裁判ノ手續ニ所

委任の口頭辯論ノ原則ニ依ルモノト謂フヘシ(第五四四條、第五四三條第三項)此裁判ニ於テハ執行處分ノ取消ヲ命シ又執達吏ニ對シ其過失又ハ懈怠ニ因リテ生シタル費用ノ負擔ヲ命スルコトヲ得ヘシ(第八三條)執行ノ方法ニ關スル異議ヲ却下シタル決定ハ之ヲ申立者ニ又之ヲ認定シタル決定ハ總利害關係人ニ職權ヲ以テ送達スヘシ蓋シ即時抗告ノ途ヲ盡サシムルノ實用アレハナリ(第五五八條、第二四五條)

(四)不服申立 執行ノ方法ニ關スル異議ニ付テハ裁判ニ對シテハ民事訴訟法第五百四十四條ニ基キ申立並ニ異議ヲ爲ス權アル者ハ皆即時抗告ヲ以テ不服申立ヲ爲スコトヲ得(第五八條)執達吏ハ其上級官廳タル執行裁判所ノ命令ニ從フヘク自ラ之ニ對シ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ス然レトモ該命令ニ付キ專屬の利害關係自己ノ金錢ヲ以テ支拂ヲ爲スカ如キ(第八三條)アルトキハ例外トシテ之ニ對シ即時抗告ヲ有スコトヲ得ヘシ

民事訴訟法第五百四十四條ノ規定ハ執達吏ニ對スル懲戒處分ヲ妨タルモノニ非ス又債權者及ヒ債務者ハ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定シタル方法ニ於

テノミ強制執行ノ方法及ヒ執達吏ノ遵守スヘキ手續ニ對シ申立並ニ異議ヲ爲スコトヲ得故ニ債權者ハ訴ノ形式ニ依リ債務者ハ反對ノ形式ニ依リ申立ヲ爲スコトヲ得ス然レトモ第三者ハ執行カ民事訴訟法第五百六十七條ニ反シ又ハ自己ノ所有物カ差押ヘラレタルノ故ヲ以テ(第五四九條)民事訴訟法第五百四十四條ニ規定シタル異議ヲ申立ツルコトヲ得ルカ爲メニ民事訴訟法第五百六十七條及ヒ同第五百四十九條ニ規定シタル形式ヲ以テ自己ノ權利ヲ主張スルコトヲ得ルノ妨ケト爲ラス何トナレハ此場合ニ於テハ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定シタル異議ノ要件カ同時ニ民事訴訟法第五百六十七條及ヒ同第五百四十九條ニ規定シタル訴ノ要件ナレハナリ

第二節 債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ關スル異議

債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ關スル異議トハ債務者カ判決其他ノ債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ關シ生シタル強制執行ヲ排斥スルニ足ルヘキ原因

ニ基キテ正ニ開始セラレタル強制執行ノ全部又ハ一部ノ廢止ヲ求ムル主張ヲ謂フ判決其他ノ債務名義ニ於テ確定シタル請求トハ原則上實體上ノ請求ニシテ例外上訴訟的請求(第五一四條)ヲ指示ス

強制執行ヲ排斥スルニ足ルヘキ原因トハ(1)已ニ開始セラレタル強制執行力債權者ノ爲メニ債務名義ニ於テ確定シタルモノ以外ノ給付ヲ債務者ニ對シ強制スルニ至ルヘキ原因ナリ蓋シ強制執行ハ國家力其公力ヲ以テ債權者ニ債務名義ニ於テ確定シタル事物ノ實在の滿足ヲ得セシムルモノタリ隨テ債務名義ニ於テ確定シタルモノト異ナレル事物ノ給付ヲ強制シタルトキ即チ債務名義ニ於テ明示シタルモノ以外ノ事物ノ給付ヲ強制シ又ハ債務名義ニ於テ認メタル給付ノ不分明ナルニモ拘ラス或給付ヲ強制スルニ至ルトキハ其強制執行ハ之ヲ許スヘキモノニ非サレハナリ債務名義ニ於テ確定シタル事物ヨリ範圍ノ大ナル給付ヲ強制シ(限定承認ノ相續人ニ對シ其固有ノ財産ニ對シテ強制執行ヲ爲シタル類債權者カ判決ノ確定以後ニ於テハ已ニ自己ニ屬セサルモノト爲リシ事物ヲ債務者ニ對シテ強制判決ニ於テ確認シタル執行ノ前提要件力消滅シタ

ルトキ)シタル場合亦前示ノ原因タルヘシ(債權者カ判決確定以後ト雖モ尙ホ自己ニ屬スルコト爲ラサリシ事物ヲ債務者ニ對シ強制シタル場合ハ主トシテ民事訴訟法第五百四十四條ニ規定シタル所ナリ)(2)債權者カ判決其他ノ債務名義ニ於テ確定シタル請求ニ基キ給付ヲ爾後債務者ニ對シテ請求スルコトヲ得ナラシムル新事實タリ蓋シ債務名義ハ其成立ノ當時ニ於テ債權者カ債務者ニ對シ之ニ表示シタル請求權ヲ有スル者ヲ確定シタルモノタリ隨テ爾後該請求權ヲ消滅セシメ若シハ一時其履行ヲ妨タルノ事實ノ發生シタルトキハ已ニ開始シタル強制執行ノ續行ヲ許スコトヲ得サレハナリ而シテ債務名義ニ於テ確定シタル請求權ヲ消滅セシムル事實トハ辨濟免除更改和解相殺時效及ヒ債務名義ニ於テ確定シタル債權ノ讓渡等ニシテ該請求ノ履行ヲ一時妨タルノ事實トハ主トシテ延期契約ヲ指示ス(第五四五條第一項第五六〇條第五六二條左ニ請求ニ關スル異議ノ要件效果裁判及ヒ不服申立方法等ヲ畧述スヘシ)

(一)要件 請求ニ關スル異議ノ有效ナルニハ左ノ要件ヲ具備スルコトヲ要ス

(4)終局判決ニ關シテハ異議ノ原因ヲ遅クモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭

辯論終結後ニ生シタルコトヲ要シ且ツ調停判決ニ關シテハ故障ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得サルトキナルヲ要ス 前述シタル(1)ノ原因ハ債務者ノ主張ニ從ヘハ執行機關カ債務名義ノ内容ニ適セサル行動ヲ爲シタルノ事實ニ基ケルヲ以テ債務者ノ主張シタル請求ニ關スル訴訟事件ノ口頭辯論終結以前ニ存スヘキモノニ非ス故ニ當ニ該要件ニ觸ルル所ナシ隨テ斯ル原因ノ爲メニ法律カ新ニ該要件ヲ規定スルノ要ヲ見サルヤ明白ナリ前述シタル(2)ノ原因ハ之ニ反シ債務者ノ主張シタル請求ニ關スル訴訟事件ノ口頭辯論終結以前ニモ存スルコトアルヲ以テ法律カ新ニ該要件ヲ規定セサルヲ得ス而シテ其理由ハ債務者ハ確定判決ニ於テ確定シタル債權者ノ請求權ニ對シ判決確定ノ時ヨリ總テノ異議ヲ申立ツルノ權ヲ喪失ス異議ノ原因タル事實カ起訴以前ニ發生シタルト其以後ニ發生シタルト又債務者ノ知ルト否トヲ問ハサルナリ蓋シ我民事訴訟法ノ規定ニ從ヘハ債務者ハ總テノ異議ヲ判決ノ確定以前ニ主張セサルヘカラサルヲ以テナリ隨テ債務者ハ確定判決ニ基テ強制執行ニ對シ斯ル異議ヲ主張スルコトヲ得サルハ當然ナリ唯例外トシテ嚴格ナル前提要件ノ下ニ於テ確定

判決ヲ攻撃シ再審原狀回復ノ申立且ツ之ニ依リテ斯ル異議ヲ爾後主張スルコトヲ得ヘキノミ決シテ強制執行ニ對スル異議ノ訴トシテ主張スルコトヲ得ルモノニ非サルナリ是ニ於テカ法律ハ斯ル嚴格ナル結果ヲ柔ケ債務者ニ許スニ強制執行ニ對スル異議ノ訴ヲ以テシ判決確定以前ニ於テ成立シタル實體上ノ異議ハ縱令前示ノ嚴格ナル法則ニ從ヘハ判決ノ確定ニ依リ排斥セラルヘキモノナリト雖モ民事訴訟法上ノ規定ニ從ヒ運クトモ異議ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論終結後ニ其原因ヲ生シタルトキニ限り強制執行ニ對スル異議ノ訴ノ形式ヲ以テ之ヲ主張スルコトヲ得セシメ以テ債務者ノ利益ノ爲メニ異議主張ノ範圍ヲ擴張シタルニ在リ異議ノ原因ハ民事訴訟法第二百九條ニ從ヒ請求セラレタル請求ニ對スル抗辯ヲ主張スルコトヲ要スル口頭辯論終結後ニ新ニ發生シタルモノナルコトヲ要ス故ニ新ニ發生シタルニ非スシテ債務者カ之ヲ認識シタルノ事實ハ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ適法ナラシメス然レトモ債務者カ故障又ハ控訴ニ依リ判決ノ確定ヲ妨ケ之ニ依リテ異議ヲ提出スルコトヲ得タルノ事情ハ請求ニ關スル異議ノ訴ヲ提起スルノ妨ケト爲ラス何トナレハ債務者

ハ唯斯ル事情ノ存スル限リハ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得サルノミナレハナ
リ口頭辯論ノ終結トハ確定シ且ツ執行スヘキ判決ニ先ツ口頭辯論ノ終結ナリ
之ヲ換言セハ執行スヘキ請求ノ全部又ハ一部ニ關スル第一審並ニ第二審ノ口
頭辯論ノ終結ヲ指示ス第一審ノ終局判決カ爾後不變期間カ懈怠ニ因リ不服申
立方法ノ取下若クハ拋棄ニ因リテ又不服申立ノ不合法トシテ棄却ニ因リテ確
定シタル異議ノ訴ノ當否ヲ定ムル標準タルトキハ第一審ノ口頭辯論終結ナル
モノアリ第一審ノ終局判決カ不變期間ノ懈怠ニ因リテ上告ノ拋棄又ハ取下ニ
因リテ若クハ形式的不合法或ハ實體的理由ナキニ依リ上告ノ棄却ニ因リテ異
議ノ訴ノ當否ヲ定ムル標準タル第二審ノ口頭辯論終結ナルモノアリ第三審ノ
口頭辯論ノ終結ハ茲ニ所謂口頭辯論ノ終結ト謂フヘカラス何トナレハ新ニ成
立シタル異議ハ上告審ニ於テ主張スルコトヲ得サレハナリ故ニ上告審ニ於テ
確定シタル判決ニ對スル強制執行ニ付キ請求ニ關スル異議ヲ爲ス場合ニ於テ
ハ第二審ノ口頭辯論終結後ニ生シタル原因ヲ根據ト爲スモノト知ルヘシ(民事
訴訟法第四百二十六條及ヒ第四百九十一條ノ留保の終局判決ヲ爲シタル場合

ニ於テハ口頭辯論ノ終結トハ爾後ノ手續ノ辯論終結ヲ指示ス此ノ如ク異議ノ
原因カ口頭辯論終結後ニ生シタルコトヲ要件ト爲ス理由ハ蓋シ口頭辯論終結
以前ニ成立シタル實體上ノ異議ハ被告カ之ヲ唯控訴ニ於テノミ主張スルコト
ヲ得ヘク(債務名義ノ假執行宣告付判決ナルト)又判決確定以後ニ於テハ再審ニ
依リテ主張スルコトヲ得ヘケレハナリ

關席判決ニ關シテハ故障ヲ申立アルコトヲ得サルヲ要ス之ヲ換言セハ故障申
立期間カ已ニ經過シタルコトヲ要ス何トナレハ故障申立期間經過前ニ於テハ
故障ニ依リ實體的異議ヲ主張スルコトヲ得ヘケレハナリ然レトモ債務者カ故
障申立期間經過前ニ故障ニ依リ實體上ノ異議ヲ主張スルコトヲ得タリシ事情
ハ本節ノ異議ヲ主張スルコトニ付キ毫モ關係ナシ何トナレハ法律ハ債務者ニ
對シ故障申立期間ノ進行中事件ヲ故障ニ依リテ終了シ此期間中ハ本節ノ異議
ヲ許ササル旨ノ制限ヲ爲スノミナレハナリ(第五四五條)……之ヲ主張スルコト
ヲ得サルトキ……引用是ヲ以テ債務者カ本節ノ異議ヲ故障申立期間中ニ爲シ
タルトキハ之ヲ不合法トシテ却下スヘキヤ當然ナリ獨逸民事訴訟法草案ハ控

訴期間進行中ニ於テ亦同一論結ヲ採用シタルモ委員會ニ於テハ之ヲ廢止シ債務者ハ控訴申立期間ノ未タ經過セサルニ於テハ第一審ノ口頭辯論終結後新ニ成立シタル異議ノ原因タル抗辯ヲ或ハ控訴ニ依リ或ハ異議ノ訴ニ依リ主張スルヲ得ルノ選擇權ヲ有シタリ我民事訴訟法モ亦「且ツ故障ヲ以テ……」ト明言シ控訴ニ關シテハ同一ノ論結ヲ採用シタルニ似タリ余輩ハ立法上ノ見解トシテ兩者ヲ同一ニ取扱フヘキモノト信ス(第五四五條第二項獨逸舊民事訴訟法第六八六條同新民事訴訟法第七六七條和解及ヒ抗告ヲ以テ不服ヲ申立ツルコトヲ得ル裁判ニ關シテハ異議ノ原因カ和解成立後並ニ裁判成立後言渡又ハ送達ニ生シタルコトヲ要ス(第五五九條第一、第二、第五六〇條、第五四五條第二項故ニ和解ノ執行ニ際シテハ錯誤、詐欺等ノ取消原因ノ抗辯ヲ異議ノ原因トシテ主張スルコトヲ得ヘシ何トナレハ斯ル原因ニ基ク抗辯ハ和解ノ成立ト共ニ成立スルモノトナレハナリ

執行命令ニ關シテハ異議ノ原因カ其送達後ニ成立シタルモノナルヲ要ス(第五五九條第一、第五六〇條、第五六一一條條二項蓋シ送達前ニ成立シタル異議ノ原因

ハ故障ノ申立ニ因リテ之ヲ主張スルコトヲ得ルカ故ニ(第三九四條本節ノ異議ヲ許スノ必要ナクレハナリ然レトモ異議ノ原因カ送達以後ニ生シタル以上ハ法律上別ニ區別ナキヲ以テ向ホ故障ノ申立ニ因リテ之ヲ主張スルコトヲ得ルヤ否ヤハ之ヲ問フ所ニ非ラサルヘシ

公證人作成ノ公正證書ニ關シテハ異議ノ原因カ法律上何等ノ制限ヲ受ケス(第五六二條第二項故ニ債務者ハ證書作成ノ前又ハ其後ニ生シタル原因ニ基キ本節ノ異議ヲ主張スルコトヲ得ヘシ但シ其當否ハ民法ニ依リテ之ヲ定ム

(ロ) 債務者ハ本節ノ異議ノ訴ヲ提起スル際ニ已ニ認識シタル數箇ノ異議ヲ同時ニ即チ脱漏スルコトナク主張スルコトヲ要ス 是レ執行ノ延滞ヲ防止スルノ目的ニ外ナラス(民事訴訟法第五四五條第三項、獨逸舊民事訴訟法第六八六條第三項同新民事訴訟法第七六七條第三項)隨テ債務者ハ起訴ノ當時ニ認識シタルモ訴狀ニ記載セス且ツ口頭辯論ニ於テ主張セサリシ異議ヲ主張スルノ權利ヲ失フモノト謂フヘシ故ニ裁判所ハ職權ヲ以テ各種ノ異議ノ原因ニ付キ債務者カ之ヲ主張スルノ權利ヲ喪失セタルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス而シテ本節

ノ異議ヲ提起シタル後ニ成立シ又ハ其後ニ債務者カ認識シタル異議ノ原因ニ關シテ債務者ハ之ニ基ク異議ヲ主張スルノ權ヲ失ハス故ニ前ニ提起シタル異議ノ訴ヲ附帶シテ或ハ其終結後ニ於テ特ニ新ナル本節ノ異議ノ訴ヲ提起スルコトヲ得ヘシ但シ前者ノ場合ニ於テハ訴ノ變更ト爲ルコトアリ何トナレハ異議カ本節ノ訴ノ原因ナレハナリ(第一九五條第三四一三條)

(ハ)債務者ハ本節ノ異議ヲ強制執行ノ繼續中訴ノ形式ヲ以テ主張セサルヘカラス第五四五條第一項獨逸舊民事訴訟法第六八六條第三項同新民事訴訟法第七六七條第三項) 本節ノ異議ノ訴カ強制執行言渡後其終結前タルコトヲ要スルハ其目的及ヒ原因ノ然ラシムル所ナルコト「ウキルモースキ」及ヒ「レビ」氏等ノ主張スルカ如シ然レトモ「ガウブ」(「ブランド」)「フツチング」氏等ハ債務者カ本節ノ異議ノ訴ヲ執行開始前ニ提起シテ以テ執行處分ヲ現出セシメサルノ實益アリ又債務者ノ目的ハ實在的執行處分ニ關係ナク執行ヲ許スヘカラサル旨ノ裁判ヲ求ムルニ在リ或ハ債務者ノ爲メニ實際的必要ナシト雖モ急迫ナル危害ヲ避クルコトヲ得ルノ利益アリトノ理由ヲ以テ強制執行ノ開始前ニ本節ノ異議ノ

●和佛法律學校生徒募集

本校講堂増築落成ニ付本學年ヨリ更ニ講師ヲ増聘シ最モ最新ノ學理ニ基キ懇切ニ法律學ヲ教授ス
入學者ハ速ニ申込マルヘシ

●甲種生徒

入學試験ハ隨時ニ舉行ス

- ◎本學年擔當講師左ノ如シ
- 憲法 瀧島學士○平時國際公法 中村學士○戰時國際公法 秋山學士○行政法總論 竹井學士
- 行政法各論 岡學士○法學通論 宮本學士○財政學 下村學士○經濟學 金井博士、矢作學士
- 國際私法 寺尾博士○刑法(各論) 古賀學士○刑事訴訟法 鶴見學士○民法一編(三章) 鶴學士○
- 民法一編(四章) 塚田學士○民法二編(六章) 荒井學士○民法二編(七章) 富井學士○民法三編(第一章) 棟居學士○民法三編(第二章第一節) 梅博士○民法三編(第二章第二節以下) 兩角學士○民法第四編
- 掛下學士○民法第五編 若槻學士○商法(第一章第一節) 松本學士○商法第二編 和仁學士○商法
- (第二章) 玉本學士○商法第四編 矢部學士○商法第五編 内田學士○破產法 松岡學士○民事訴訟
- 法第一編 遠藤學士○民事訴訟法第三編乃至第五編 岩田學士○民事訴訟法(第六編以下) 松岡學

●高等科生徒

何時ニテモ入學ヲ許可ス

●校外生募集

本校講義録ハ三部ニ分チ各自ノ望ニ應ジ隨時申込ルヘシ
滿一ヶ月完結全部月謝金圓各一部四拾錢入學金ヲ要セス
◎規則書入用ノ向ハ郵便貳錢ヲ送ルヘシ

校外生規則摘要

講義録ハ毎月二回發行シ滿一今年ヲ以テ卒業トス

講義録ハ之ヲ三部ニ分ツ其發行定日左ノ如シ

第一部 毎月 五日 二十日

第二部 毎月 十日 廿五日

第三部 毎月 十五日 三十日

月謝金ハ全部壹圓、各一部四十錢トス但シ入學金ヲ要セス

校外生ハ本校講義會、討論會ニ出席傍聴スルコト及ヒ本校ノ出版ニ係ル書籍雜誌ハ特別ノ廉價ヲ以テ購求スルコトヲ得

校外生全部卒業證書ヲ有スル者ハ試験ノ上校

校外生ハ講義録中ノ疑義ニ付キ質問スルコトヲ得

但シ返信用郵券ヲ封入スルコトヲ要ス

三ヶ月以上月謝不納ノ者ハ退學者ト看做ス

月謝ハ東京飯田町郵便支局佛和佛法律學校會計係トスヘシ

計係トスヘシ

明治廿二年十二月九日內務省許可

明治三十三年九月十六日印刷

明治三十三年九月二十日發行

東京市四谷區四谷仲町三丁目六番地

小田 幹 治 郎

編輯者

東京市芝區西ノ久保明光町十一番地

金子 鐵 五 郎

印刷者

東京市芝區西ノ久保明光町十一番地

金子 活 版 所

印刷所

東京市麹町區富士見町六丁目十六番地

發行所 司法省 和佛法律學校

(電話番町百七十四番)